
UNIVERSITY OF TORONTO
3 1761 01462470 4

Sc. F/5



Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/arnoldivinniiinq00vinn

ARNOLDI VINNII JC.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

JO: GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Præfationem Notulasque adjecit.

ACCEDUNT IN HAC NOVISSIMA EDITIONE

JUXTA EXEMPLAR LUGDUNENSE ADORNATA EJUSDEM VINNII

QUÆSTIONES JURIS SELECTÆ;

Et præmittitur ex Editione Veneta JACOBI GOTHOFREDI Historia & Bibliotheca Juris Civilis Romani.

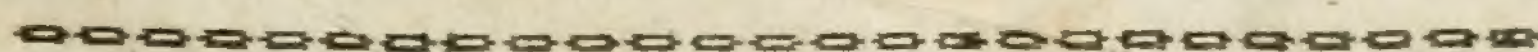
Adjectis Indicibus locupletissimis.

TOMUS PRIMUS.





VENETIIS,
EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.



MDCCCIV.
SUPERIORUM PERMISSU AC PRIVILEGIIS.

K
C8226I6
1804





LECTORI MONITUM

DE HAC NOVISSIMA EDITIONE.

QUÆ præ cæteris omnibus Commentariis habeant hi commoda, etiamsi in Præfatione subsequenti ad unguem enumerata sint, uberius tamen universum Opus volventi patefient. Nos itaque intra officii nostri limites contenti, hoc unum advertendum hic proponimus; nihil scilicet intactum reliquisse, ut omni dotum supellectili instructa prodiret novissima hæc Editio. Quod ut assequeremur, & votis tuis, AMICE LECTOR (pro solito more) annueremus, SELECTAS *Illustrissimi Arnoldi Vinnii* QUÆSTIONES JURIS una cum Commentario Typis mandari curavimus. Etenim similis erat nimium duplicis hujus Operis materies, affinitas nimia, aut, si dicere liceat, identitas, ut separatim diutius existerent, cum præsertim permultæ sint unius ad aliud remissiones, Commentariis ad Quæstionum elucidationem, & vicissim Quæstionem ad Commentariorum illustrationem facientibus, veluti passim in utriusque lectione videre est. Singulis igitur pari cum fructu potire, BENEVOLE LECTOR, optimeque de studio nostro, consule, & Vale.

L E C T O R I
S. P. D.
JO: GOTTL. HEINECCIUS.



CUM multa a viris etiam doctissimis reprehendi soleant in operosa illa, ac præclara Justiniani legislatione; tum sæpenumero quibusdam mirari contingit, atque etiam stomachari, quod Imperator, illa perfecta, Jureconsultis leges interpretandi illustrandique facultate, tamquam aqua & igni, interdixerit, eosque ad conficienda admonitoria, παράτιτλα atque indices improviso consilio damnarit (a). Legum enim interpretationem tam credunt plerique necessariam, ut ea, civitatem non facilius, quam ipsis legibus, cariturum, officiumque Jurisconsultorum sine illa præclara facultate inane atque infructuosum reipublicæ futurum, arbitrentur. Qua fronte, inquiunt Jurisconsulti sustinebit nomen, qui leges nescit? Leges autem quo pacto scire se dixerit, qui verba earum tenet, non vim ac potestatem? (b) Vim denique, ac potestatem legum an quisquam, quantacumque sit ingenii perspicacia, adsequatur, si non modo interpretationes nullæ existent, verum etiam iis, qui hanc reipublicæ operam navare cupiunt, grave ex lege Cornelia judicium immineat? (c) Accedit, quod cum nulla lex, nullumque Senatusconsultum, teste Juliano, (d) ita scribi possit, ut omnes, qui quandoque inciderint, casus comprehendant, imperfectam admodum, ac veluti macilentam esse oportet jurisprudentiam, nisi illi succus ac sanguis ex interpretatione prudentium accederet. Denique & experientiam, rerum omnium magistram, Romanos docuisse existimant, hac Jurisconsultorum opera rempublicam carere non posse. Sane enim quid artificiosius unquam scriptum fuisse dicamus, quam duodecim Tabularum libellum, cujus καθαρότητα βραχύτητα καὶ ἀπέριττον συγκειμένην & posteri, teste Diodoro Siculo (e) unice sunt admirati; quem Crassus apud Ciceronem (f) *omnibus omnium Philosophorum bibliothecis* antepesuit, quem denique Livius (g) *fontem universi publici privatique juris*; & Tacitus, (h) scriptor πολιτικώτατος, *finem æqui juris* vocare non dubitavit? Et tamen his legibus latis, statim cœperit necessaria videri interpretatio prudentum disputatione fori, (i) eique unice acceptum, ferimus, quod jurisprudentia Romana in tam augustam atque admirabilem disciplinam effloruerit. Quod si autem ea Jurisconsultorum diligentia carere non potuit civitas, quum exiguum illud legum Decemviralium corpus; tam eleganter atque absoluta brevitate verborum compositum: (k) in foro regnaret, qui fieri, quæso, posset, ut opus Justinianæum diffusissimum, atque ex innumeris variorum auctorum fragmentis consutum sine interpretum commentariis ab ullo mortalium intelligatur? Quam multa enim in eo sunt subtilia? quam multa abstrusa? Quantum ubique veteris philosophiæ, quantum antiquitatis, quantum juris publici latet? Quam sæpe etiam contingit, ut leges quædam sive vere, sive in speciem pugnantes crucem figant viris doctissimis? Si autem & ii, qui haud mediocri doctrinæ, ac litterarum præsidio instructi ad sacra illa accedunt, aliquando hæsitant, ac in tanta interpretationum copia Delio sibi natatore opus esse fatentur; quid illis contingeret, qui omni interpretationis lumine destituti veluti illuni nocte per vastam legum sylvam ire, ibique investigare jubentur artem æqui & boni, non minus occultam ac repertu difficilem, quam fatalem illam virgam fuisse fingunt, de qua Sybilla apud Virgilium: (l)

Latet arbore opaca.
Aureus & foliis & lento vimine ramus,
Junioni infernæ dictus sacer: hunc tegit omnis
Lucus, & obscuris claudunt convallibus umbræ.

Ita illam Justiniani providentiam nonnulli exagitant, nihilque rectius factum esse arbitrantur, quam quod iniquissimam istam sanctionem, quam Accursius (m) absona interpretatione emollire cupiebat, tacitis suffragiis abrogarit æquior rerum æstimatrix posteritas.

Enimvero quamvis hæc sint dictu speciosa, tamen consideranti rem paulo accuratius, non adeo absurdum videtur Justiniani consilium, quod illi quam maxime vituperandum existimant. Fuit sane illa non modo Justiniani, sed sapientissimorum quorumvis legislatorum sententia, non expedire reipublicæ subtiliores de legibus disputationes: hasce potius memoriæ mandatas, factisque exprimendas, quam explicandas esse commentariis. Nulli olim Spartæ erant Jurisconsulti, nulli Labeones, Sabini, Juliani, qui Lycurgi leges interpretarentur: & nullus tamen populus Spartanos justitia ac disciplinæ severitate superabat: quum contra Romæ, atque apud ipsos Hebræos, ubi viri doctissimi in interpretandis legibus omnem operam industriamque collocabant, eo minus jus diceretur secundum leges, quo magis ferveret jurisprudentiæ atque eloquentiæ forensis studium. Nimi-

(a) Const. *Deo auctore*, §. 12. *de conc. Dig.* (b) *L.* 17. *ff. de leg.* (c) Const. *Tanta*, §. 21. *de conf. Dig.* (d) *L.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de legib.* (e) Diod. Sicul. *lib.* XII. *cap.* 26. (f) Cic. *de Oratore lib.* I. *cap.* 44. (g) Liv. *l.* III. *c.* 34. (h) Tacit. *Ann. l.* III. *c.* 27. (i) *L.* 2. §. 5. *ff. de orig. juv.* (k) Gell. *Noct. Att. l.* 20. *c.* 1. (l) Virg. *Æneid. lib.* VI. *v.* 136. *seq.* (m) Gloss. *ad l.* 1. §. 12. *C. de vet. jur. enucl* Commentarios illi adplicare, *Scilicet faciendo & addendo novas leges, quod non prohibet exponi istas. Sed verius est, quod reprobet, ut statim patet.*

Nimirum ita comparata est legum ratio, ut quo simpliciores sunt ac pauciores, eo certius plerumque ac promptius ex iis jus dicatur, (*a*) quantoque magis cives videas τὰς στοὰς ἐμπιπλάναι γραμμάτων, *porticus implere litteris*, tanto facilius eveniat, quemadmodum vis morborum pretia medentibus, sic fori tabes pecuniam caussidicis ferat. (*b*) Et hoc ipsum profecto veritus Justinianus conticescere jussit Jurisconsultorum oracula, calamisque scripturientium commentarios ferias indixit, *ne, quod in antiquioribus factum est, per contrarias interpretantium sententias totum jus conturbaretur*, (*c*) vel ut alibi (*d*) consilii rationem reddit, *ne verbositas Interpretum aliquod legibus adferret ex confusione dedecus, quod & in antiquis edicti perpetui commentatoribus factum, qui opus moderate confectum huc atque illuc in diversas sententias perducentes in infinitum distraxerunt, ut pene omnis Romana sanctio fuerit confusa*. Itaque experientia docuerat Justinianum, quantum detrimenti jus Romanum passum sit non modo a fori tintinnabulis, verum etiam ab antecessoribus, qui se gryphorum jurisprudentiæ interpretes profitebantur. Quæ enim fuerit horum hominum ante Justinianum conditio, non sine sale docet scriptor ejus ætatis gravissimus, Ammianus Marcellinus, (*e*) qui postquam eorum temporum caussidicos & jurisperitos in certas classes descripsit, de secunda ita judicat: *Secundum est genus eorum, qui juris professi scientiam, quam repugnantiam sibi legum abolevere dissidia, velut vinculis ori impositis reticentes, jugi silentio umbrarum sunt similes propriarum. Hi velut fata natalitia præmonstrantes, aut Sybillæ oraculorum interpretes, vultus gravitate ad habitum composita tristiorem, ipsum quoque venditant, quod oscitantur. Hi ut altius videantur jura callere, Trebatium loquuntur, & Cascellium, & Alfenum, & Auruncorum Sicanorumque jamdiu leges ignotas, cum Evandri matre ab hinc sæculis obrutas multis. Et si voluntate matrem tuam finxeris occidisse, multas tibi suffragari absolutionem lectiones reconditas pollicentur, si te senserint esse nummatum*. Quum itaque animadvertisset Imperator, ista interpretationum multitudine ac varietate ita jus omne turbatum esse, ut omnia vera falsa, justa injusta, æqua iniqua æque facile in foro defenderentur: an frænos iterum laxaret forensi isti atque academicæ licentiæ? an pateretur juri, a se in ordinem qualemcumque redacto, novis argutiis novas offundi tenebras? Nonne consultius erat, omnes Jureconsultorum commentarios ad Garamantas relegare, quam eidem, quo paulo ante defuncta erat, periculo de novo exponere rempublicam?

Quamvis autem ita consilii ratio constiterit Justiniano, nolim tamen ego, quemquam existimarem, omnem, quæ nostris temporibus in interpretando illustrandoque jure collocatur, operam, atque industriam inanem, atque infructuosam mihi videri. Neque ego profecto ita censeo, neque illis Justiniani sanctionibus viris jurisprudentiæ gnaris calamos hodie e manibus extorqueri arbitror. Hanc modo summam jam facio cogitationum mearum, cum periculo haud levi conjunctam esse promiscuam illam jura interpretandi licentiam, adeoque neque æquitati, nec prudentiæ refragari gravissimas illas Justiniani sanctiones. Sane quod cum periculo aliquo conjunctum esse arbitramur, id non statim proscribendum aut ab usu removendum dicimus: & quo facile caruerunt Justiniani tempora, quibus, uti ait Cujacius, (*f*) Jus omne clarius & in usu quotidiano erat positum, eo & nos non illico æque facile carebimus hac ætate, qua jus peregrinum, variis locis corruptum & diuturna desuetudine obscuratum in Fora & Academias penetravit. Ad quam caute ea interpretandi facultate utendum sit, quamque facile jus in tanta interpretum multitudine in summam ambiguitatem prolabatur, ipsi, qui jam inde ab Irnerii temporibus prodierunt, commentarii, mille plaustrorum onus, unumquemque docebunt. Sane quo plures evolveris, quantoque elegeris majores, tanto magis adparebit, id, quod generatim dixit Callimachus, (*g*) μέγα βιβλίον ἶσον εἶναι τῷ μεγάλῳ κακῷ, de plerisque istis commentariis esse verissimum. Habebis Sardos venales, alios aliis nequiores: sed ut quisque erit amplior ac diffusior, ita pejor videbitur indoctiorque reliquis, ut fatendum sit omnino, beatam futuram fuisse jurisprudentiam, si numquam in manus tam illotas incidisset, gratumque vel istis tantum temporibus fuisset edictum Justiniani, quod legis Corneliæ pœnam irrogari jubet tam ineptis commentariorum consarcinatoribus. Quod ne cui gravius ac liberius dictum videatur, qualem esse oporteat bonum interpretem, & quales sint plerique, quos illi indoctæ doctorum turbæ debemus, commentarii, paucis ostendere juvabit. Multis profecto partibus pulcherrimum istud atque utilissimum interpretum officium absolvitur. Primum enim iis in id elaborandum est, ut ipsi iis instructi sint præsidiis, quibus lucem obscuris fœnerare possint: deinde ut genuinam cujusque orationis sententiam eruant, ac demonstrent, tum porro, ut nec falsa doceant, nec ab arte sua aliena: postremo, ut ne rem minus obscuram confusa tractandi ratione, & horrido, incompto, agrestique dicendi genere reddant obscuriorem. Has vero dotes in bono interprete admirantur omnes, sine his interpretem nec proficere quidquam, nec operæ pretium facere censent. At interpretes ipsos, in quibus illæ præclaræ virtutes enituerint, non dicam illo Bartholistarum ævo, sed & post felicem illam temporum reparationem, reperies paucissimos, &

vix totidem, quot
Thebarum portas, vel divitis ostia Nili.

Primo enim, quod ad litterarum præsidia attinet, a quibus instructum esse oportere diximus interpretem, quis quæso, tam est stolidus, ut ad intelligendum jus Romanum multum adjumenti nobis attulisse existimet eos, qui nec Græcas nec Latinas docti litteras, ubi in Græcum vocabulum incidunt, quasi oblata quædam

(*a*) Strabo *Geogr. lib.* VI. *pag.* 179. (*b*) Tacit. *Annal. lib.* XI. *cap.* 6.
(*c*) Const. *Deo auctore* §. 24. (*d*) Const. *Tanta dict.* §. 24.
(*e*) Ammian. Marcell. *lib.* XXX. *cap.* 4.
(*f*) Cujac. *præfat. paratil. Digest.*
(*g*) Callimach. apud Athen. *Dipnos. lib.* III. *p.* 72.

dam gemma magica exclamant: *Græcum est, non potest legi*, qui *juridictio* an *jurisdictio* dicendum sit, addubitant: quibus denique *vis & potestas* est potestas violenta, violenta autem potestas, quæ invito etiam tutori defertur? Quid deinde lucis speres ab illis tenebrionibus, qui rudes historiæ ac antiquitatum, credere nos jubent, Augustum voluisse adoptare Germanicum, eoque refragante callide persuasisse cuidam Tiberio, ut ipse Germanicum adoptaret, seque ipsum sibi daret arrogandum: qui serio nobis narrat, ad bestias datos olim homines, *ut bestias deducerent, vel cum iis comederent, vel alia bestialia facerent*: Patres conscriptos dictos, *quod nomina eorum scripta fuerint in aliquo loco, vel in corona capitis eorum*: æditruos fuisse præfectos vigilum, quique cum iis noctu urbem circumierint: stadia urbium esse *octavam partem milliarii, quam Hercules cucurrerit uno anhelitu*: testamenta in procinctu facta dici, *quod succincte fierent*: libripendem esse *æstimatorem*, & libram æneam *rem æstimatam, vel hæreditatem, quia hæc tamquam libra dividatur in duodecim uncias*: actionem Servianam esse *a servando* dictam, & innumera hujus generis alia, quæ ipso

Non sani esse hominis, non sanus juret Orestes.

Ne autem talia ex barbaro illo ævo & ex Accursii tantum ingenio profecta existimes, etiam post litterarum παλιγγενεσίαν haud pauca non multo meliora reperies in scriptis eorum, qui incredibilem sibi famam jurisprudentiæ studio pepererunt. Vix itaque est, quod Accursio succenseamus, quum & in melioris ævi commentariis, quorum auctorum nominibus nunc parco, legamus, Justinianum parte superioris Germaniæ subacta, Alemannici nomen adoptasse: leges Romanorum dividendas esse in consulares & decemvirales; Ædiles quosdam vocatos *curules*, quod *curam* sacrarum ædium gesserint: legem Fusiam Caniniam perlatam esse a quodam Fusio Caninio; filiosfamilias dici *in sacris paternis esse*, quia iis sancta esse debeat patris persona: *Deportare* esse, quasi extra *portam* civitatis dare; Claudium Imperatorem sanxisse, ut Coss. pupillis tutores *extra ordinem*, id est, non servato agnatorum proximorum ordine, darent: Imperatores dictos esse *Pios*, quod clericis admodum faverint: a consulibus nomina consequutas esse leges Hortensiam & Attiliam: Augustum triplicem libertinorum conditionem introduxisse: & quæ sunt hujus generis alia. Sexcenta enim his similia in commentariis Jurisconsultorum non proletariorum vel capite censorum, sed classicorum quoque animadverteres, si te eorum lectioni dederis. Hos vero an satis introductos ad hoc interpretandi munus accessisse credibile est? An non jure potius istis occlames:

Non tali auxilio, nec defensoribus istis
Tempus eget.

Quod deinde ad genuinam orationis sententiam attinet, eam non modo ex ipsis verbis, eorumque significatione, verum etiam ex conjunctis loco & tempore eruendam esse, ii omnes censent, qui sunt artis illius ἑρμηνευτικῆς paulo peritiores. Eo consilio olim Antistius Labeo, Jurisconsultorum suæ ætatis facile princeps, teste Gellio (*a*) *in Grammaticam sese & dialecticam, litterasque antiquas altioresque penetraverat, & Latinarum vocum origines percallens ea præcipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur*. Quum hodie libri nostri ex variis variorum fragmentis tamquam centones consuti sint, recte suspicati sunt viri quidam doctissimi, genuinam legum singularum speciem adsequi posse neminem, nisi qui comparatis inter se conjunctisque fragmentis, quæ ex eodem libro supersunt, omnibus, de quo juris capite ibi actum sit, in numerato habeat. Sane hujus mysterii indicium jam pridem fecerunt viri quidam doctissimi, ejusque usum post Anton. Augustinum, Jac. Cujacium, P. Fabrum singulari diatriba Jac. Labittus, exemplis autem illustrissimis Joann. Goeddeus & Jac. Gothofredus ostenderunt, viri sane in arte nostra summi,

Quos aget penna, metuente solvi,
Fama superstes.

Sed quotusquisque vel olim, vel hodie in tanta litterarum luce non infra JCti dignitatem esse putat, litteras illas attingere, quibus se plane immersit Labeo? Quotusquisque se tantis exemplis excitari passus est, ad illud fragmenta inter se comparandi artificium? Tantum sane abest, ut istud adhibuerint interpretes, ut plerique illud hodiernum alto supercilio despiciant, & per contemptum adnumerent revelationibus. (*b*) Permultum porro ad libros nostros intelligendos utilitatis adferre Græcos Interpretes, res ipsa docet, & præclare demonstrat Car. Hannib. Fabrottus. (*c*) *Equidem*, inquit Vir doctissimus, *non inficior, nævos esse quosdam & παροράματα in Græcorum commentariis, sed hæc fere leviuscula sunt præ iis, quæ verissime & diligentissime Græci nobis explanata reliquerunt. Et ut de ceteris taceam, quis nobis titulum de fideicommissariis hæreditatibus fidelius & doctius explicavit, quam Theophilus noster? quis titulum de litterarum obligatione & titulum* XII. *Institutionis tertiæ felicius enarravit, quam idem auctor gravissimus, ut appellat Cujacius, Interpretum facile præcipuus? Quis Latinorum, quæso te, Lector, Institutiones, hoc est, libellum aureum accuratius interpretatus est?* Et paucis interjectis: *Quantum profecerit Jac. Cujac. oculus jurisprudentiæ, legendis & enucleandis Græcorum commentariis, ignorare non potest, nisi qui peregrinus est in ejus scriptis. Quam multa præclara, neque in scholis juris decantata, neque in doctorum commentariis protrita, hinc hauserit, sciunt æqui & periti harum judices, iniqui vero & Græcæ linguæ nescii dissimulant, aut quod verius est, non vident; oculique eorum ad hunc solem suffunduntur*. Sed quotusquisque JCtorum hodienum Græca hæc attingit? Quotusquisque ejusmodi libris vel locum in bibliotheca concedit, vel quidquam inde in usus suos depromit? Extat commentarius in institutiones, satis tritus doctorum manibus, in quo ubi βασιλικῶν incidit mentio, auctor de iis non aliter loquitur, ac de opere sibi ignoto, ac jam-

(*a*) Gell. *Noct. Attic. lib.* XII. *cap.* 10. (*b*) Jan. Gothofred. *Præfat. Comm. ad Regul. jur.*
(*c*) Fabrott. *Apoll. pro Græcis*, edita cum *Exercitationibus* XII. Paris. 1639.

jampridem deperdito, & de quo nihil habeat, quod pro certo adfirmet, quam quod Basilica vocati sint libri, qui contineant leges ab Imperatoribus promulgatas & compositas. Alii, qui nihil ignorare videri volunt; Othomanis Taboris exemplum sequuntur, & Græculos illos nugivendos nihil ad nos pertinere, tabulisque meris indulgere clamant. Quam multa itaque fugisse oportet plerosque interpretes, qui hoc insigne præsidium nullo loco habuerunt, famæque suæ metuerunt, si tam magnum ac memorabile facinus auli, ad illa Græcorum oracula proficiscerentur? Quid porro de veritatis dicam studio, quo nihil prius, nihilque antiquius esse debeat Interpreti? An tu illam feliciter repertam fuisse dicas veteribus, qui illam veritatem investigandi ratiocinandique artem sciebant cum ignarissimis? An a novis plus speres, qui Petri Rami dialecticæ innutriti, unam nihil erant τὴν ὁρμηνεῖν, id est, artem egregiam, quinque digitos in duos ordines distinguendi? An tu porro veritatem quæres in eorum commentariis, qui id sibi negotii datum credebant, ut omnia superiorum placita labefactarent ac subverterent, & quasi clavum, sic opinionem opinione trahentes eo demum rem perducerent, ut jam non difficile videatur sententias, etiam absurdissimas mille JCtorum testimoniis stabilire? Observavit Franciscus Hotomannus, (a) celebrem illum Andream Tiraquellum sæpe in libris suis, quos citationibus doctorum instructissimos edidit, postquam contentiencia centum aut plurium doctorum suffragia accumularit, hanc aut similem orationem subjungere: *Ut videas, amice Lector, nihil esse in jure nostro non ambiguum, & disputationibus ac controversiis involutum, velis tibi totidem, aut plures recensere, qui sunt in opinione prorsus contraria*, & sub hæc ingentem aliorum doctorum indicem pertexere, qui in alia omnia eant. Quid vero veritatis studioso utilitatis adferat ista discrepantium opinionum farrago, nisi ut perlecta illa idem sibi contingere videat, quod tribus consultis advocatis contigisse sibi queritur Demipho apud Terentium: (b)

Fecisti probe:
Incertior sum multo, quam dudum,

Accedit, quod quum inter omnes constet, veritatem non auctoritate doctorum, sed legum rationumque fundamentis niti; plerisque interpretantibus cura potior semper fuerit glossæ, quam recta ratio legum & auctoritas. Hinc ubique in libellis hujusmodi doctorum turmæ in aciem educuntur, manatque hoc exemplum in fora, in quibus certam præsumunt victoriam, seque jactant magnifice, qui pro se Sandium, Christinæum, VVesembecium, Schneidewinum, Carpzovium, Mevium, vades dederunt. Quasi vero verissimum sit, quod plurimis videtur, & non æque facile sit, alium glossatorum exercitum conscribere, qui priori opponatur. Jam quod proximum inter virtutes interpretis posui, ut ne in rebus ab arte sua alienissimis occupetur, quanti momenti sit, nemini dubium esse potest. Quis enim philosophum ferret, qui de virtute disputaturus, quædam de primis mundi elementis præmitteret, deinde accurate explicaret, quid sit glacies, hinc porro, quot sint conjugationes, quotque partes orationis, subtiliter disquireret, ac demum in rem præsentem veniens, an sit virtus, quid sit, & quotuplex, brevissimis verbis attingeret potius, quam explicaret? Mirarer sane, si qui hunc philosophum audiant, non, ut olim Abderitani, Hippocratem quendam arcesserent, qui homini nimis inepte stulto, primum crebram ambulationem, ad hoc betæ malvæque esum, postremo vomitum præscribat, & ita perpurgatum mittat Anticyras. Att ita tamen disputare solent quidam non infimi subsellii juris interpretes, qui explicaturi titulos Justiniani, primum quærunt an instrumentis notariorum præmittenda sit invocatio nominis divini? num & Imperatoris nomen & titulus universus? an eligi possit Imperator, nisi origine Germanus? fuitne fuerit Carolus Magnus? an & Episcopum e gremio Ecclesiæ eligi oporteat? Hinc ad rem ipsam se accingentes disputant, fueritne Justinianus orthodoxus? an litteras norit? an & Latinam linguam percalluerit? unde triumphos nomina acceperit? an Imperator sit mundi dominus, provinciamque Romani Imperii alienare possit? Valetne an rata sit donatio Constantini Magni? En egregiarum quæstionum farraginem, quibus enodatis, tunc demum intelligi a nobis existimant horribile illorum verborum secretum: *Imperator, Cæsar, Flavius Justinianus, Alemannicus, Gothicus, Francicus, Germanicus, Anticus, Alanicus, Vandalicus, Africanus, Pius, Felix, inclytus, victor ac triumphator semper augustus, cupidæ legum juventuti.* Si iidem explicanda justitiæ definitione occupati, anxie quærant, unde juris nomen descendat? cur titulus inscribatur de justitia & jure, ac non potius de jure ac justitia? quæ a Justiniano definiatur? divina, an humana? universalis, an particularis? commutativa, an distributiva? quare JCti sint sacerdotes justitiæ? an detur casus pro amico? cur rectius dicatur voluntas suum cuique tribuendi, quam suum cuique tribuens? an JCtorum auctoritati cedere debeat auctoritas philosophorum? Tum egregia scilicet doctrinæ ubertas latet in definitione illa Justinianæa, tantæque molis est, explicare decem illa verba: *Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. Ludere quibusdam videbor, & quæstiunculas nihil ad rem pertinentes fingere, quæ nemini interpretum in mentem venerit. Sed venisse illas in mentem non illi Bartholi & Baldi soboli, sed JCtis, qui patrum nostraque memoria floruerunt, celeberrimis, ex ipsorum commentariis demonstrare in procivi esset, nisi vel suspicione aliis insultandi carere mallem. Ita vero leges interpretantibus, non difficile erit conjicere, quam nulla iis cura fuerit ordinis, quem semper sapientissimus quisque plurimi fecit. In tali enim quæstiuncularum sibi admodum dissimilium farragine non magis ordini locus est, quam in rudi indigestaque mole, ex qua hoc universum efformavit Deus. Unde vir elegantis ingenii, M. Antonius Muretus (c) de Glossatoribus disserens: *Qualem*, inquit, *nobis illi cujusque generis præceptorum farraginem reliquerunt: ut si quis in locus hordeum, triticum, viciam, legumina, in unum acervum conjiciat, non illius acervum horum commentariis existimem perturbatiorem fore. Mihi quidem quoties in eos inspicio, sæpissime Ovidiana illa de Chao in mentem veniunt.*

Quaque erat & tellus, illic & pontus & aer.

Nam

(a) Hotom. *Antitribonian. Cap.* XIV.
(b) Terent. *Phorm. Act.* II. *scen.* 4. *vers.* 18.   (c) Muret. *lib.* II. *Orat.* 17.

Non aliter enim apud hos, ubi certe causa de auctoritate magistratuum agitur, dicetur etiam aliquid de testamentis: ubi de emptione & venditione disseritur, aliquid de pœnis, aut de auctoritate tutorum inseretur. Nihil est denique, quod certam sedem ac domicilium habeat, nihil quod non alienissimo æque ac suo loco pertractatum reperias. Inde illæ crebræ ex uno in alium locum rejectiones, quum te, quod hic agendum ac tractandum erat, id [illegible], ut [illegible] quidquam agi, numquam, nisi admonitus, divinare potuisses. Prorsus, ut si quis paterfamilias vinum non in cellario, sed in arca panaria conderet, panem ex puteo hauriret, pisces in nemore, lepores in piscinis inclusos haberet. Apud Aristotelem primo Physicorum recensetur opinio veterum quorumdam, in quibus fuit & Anaxagoras, qui quidlibet in quolibet inesse dicebant, idque exprimebant hemistichio quodam, ut opinor Empedoclis: ἦν ὁμοῦ πάντα χρήματα. Hoc an in Physicis vere dicatur, viderint, qui illa tractant: de talium certe Interpretum commentariis verissime dici potest. Hæc de glossatorum libris Muretus, quæ & in mediorum ævi commentarios juridicos plerosque cadere re ipsa deprehendent, qui illos inspexerint. Denique ultimam interpretis virtutem in sermonis puritate, ac perspicuitate positam esse diximus. At nescio an & hanc extra Cujacii scholam adeo multi Interpretes sint adsequuti. Quamvis enim depulsa vetere illa barbarie, purius scribere cœpissent viri docti; JCtorum tamen libros adeo infecit illud Accursii absinthium, ut si Papinianus in vitam rediret, nova ei addiscenda esset lingua, illos commentarios legere cupienti. JCtorum enim laudem se sustinere posse plerique dubitant, nisi lingua fere quisquiliorum, id est, barbara utantur. Hinc ubique *fulminant, amputant, interpretantur, limitant, causant*, utque *resolutiones legum* & clausulam illam utilissimam *verum sit factum & actum*, & id genus ejus generis alia tamquam mellitos verborum globulos spargunt, quibus condimentis si aliquid salis adspergas, elegantissima nimirum illa Brocardica quæ vocant, veluti: *casus voluntatis comprehendit casum impotentiæ. ab actionibus de interesse liberat nos, Domine; filius cum sola non præsumitur esse Pater noster*; & similia: tum sane habebis verum venenum aqua Stygia dilutum, cujus halitu istæ bonæ mentes exanimantur. Tales sunt plerique, qui tabernas rumpunt, jurisconsultorum commentarii. Iis itaque an magna utilitas per tot secula allata sit reipublicæ, & an non melius eorum auctores operam in conficiendis indicibus Justiniani consilio collocassent, illi viderint, quorum non amant similes labra lactucas.

Quæ quum ita sint, singulari profecto ac præcipua laude digni videntur pauci illi, sed boni, quibus meliorem mentem indidit Deus, ut quæ in jure nostro sunt obscura, atque ambigua, felicius illustrare, ac distinguere conarentur. Quo in numero quod ad Institutionum Interpretationem attinet, præter Cujacium, Gifanium, Janum a Costa & quosdam alios, & ARNOLDUM VINNIUM Jureconsultum eximium, haud postremo loco ponendum arbitror. Sane ex quo me jurisprudentiæ dare cœpi, mihi ejus commentarius præ aliis placuit, & ad solidiorem doctrinam connitenti maximo fuit adjumento, ut postquam aliis jura interpretari jussus eram, nullum fere librorum auditoribus meis obnixius commendandum judicarem, quam commentarium Vinnii, ex quo ipse fructum cœperam uberrimum. Vix enim ulla est boni Interpretis virtus, quæ non in Vinnio nostro eluxerit. Attulerat ad Jurisprudentiam ea præsidia, quæ paulo rariora sunt in nostri ordinis hominibus, operam, haud vulgarem Latinarum, Græcarumque litterarum facultatem, diffusam omnis ævi scriptorum lectionem, notitiam antiquitatum haud mediocrem, tantum denique ingenii, ac judicii acumen, ut nec vulgaribus pragmaticorum sententiis, ipsique Triboniano esset addictus, nec Cujacium, Ant. Fabrum, Reiner. Bachovium, aliosque, ubi novi quid inferunt in artem, cæco impetu sequeretur, sed legum, rationumque pondera ubique cura expenderet, nulliusque auctoritate se pateretur in transversum agi. Deinde id quod habet Vinnius noster, ut genuinam Justiniani sententiam ubique cum cura investiget, neque eum pudeat ex Philologiæ latifundiis petere, quibus Jurisprudentiam locupletaret. Et quamvis mysterium illud, atque artificium leges ex eodem [illegible] comparandi conjungendique facilius in Pandectis & Codice, quam in Institutionibus, [illegible] nihil tamen reliqui fecit, ut, ex quibus auctoribus vel fragmentis singuli paragraphi descripti sint, & quomodo illi a suis auctoritatibus discrepent, quantum fieri potest, ostenderet, non ut haberet, ob quod insultaret Triboniano, in quo maltacio multi hodie quærunt laureolam, sed ut rationem ejus [illegible] redderet candide. Laudanda quoque est Vinni nostri opera, quam in conferenda Theophili paraphrasi posuit, sane quam utilissima. Quamvis enim plerisque vapulet hic Theophilus, & aliquando ab iis quoque, qui eum numquam evolverant, exagitetur, permultum tamen lucis eum fœnerare Institutionibus, Car. Hannib. Fabrottus, cujus verba quædam supra dedimus, pridem evicit. Et sane non hic nobis res est cum Theophilo illo quodam quem aliqui verbis quibusdam Cujacii (a) decepti Accursio faciunt juniorem, sed cum Theophilo, viro illustri, & Antecessore, cujus opera ipse Justinianus in conficiendis Institutionibus usus est. Hunc ipsum enim esse illum paraphrasten, multis argumentis constat. Primo Theophilum Triboniani συνεργὸν, [illegible] munere Constantinopoli functum novimus (b). Antecessorem autem etiam paraphrasten fuisse, inde [illegible], quod in codicibus vetustis singulis libris illa subnectuntur: [illegible] Οὐκίλλου Ἀντικλύτου [illegible]. Eundem deinde Constantinopoli vixisse, inde patet, quod ubicumque ejus facit mentionem, eam [illegible], vel [illegible], *hanc regiam urbem*, vel *hanc regiam urbem* (c) [illegible], qui urbis, in qua vivunt, meminerunt: Deinde, cum Theophilus Antecessor Justiniani temporibus [illegible], [illegible] ætatis esse paraphrasten nostrum, res ipsa docet. Quemadmodum enim omnes, qui Justinianum antecesserunt, [illegible] Christianos ita describit, ut eos inter homines non amplius fuisse, statim adpareat, [illegible] (d), itemque τὸν θείας λήξεως [illegible] (e), ita Justinianus ipsi semper est

(a) Cujac. Recit. ad tit. Inst. de action. de satisd. (b) Const. Tanta §. 9. de conf. Digest.
(c) Theoph. §. 7. Inst. (d) Theoph. §. 34. Inst. de act. de don. §. 7. quib. al. licet §. 7. proœm.
(e) Theoph. §. §. 3. h. donat.

est θειότατος, ἡμῶν δεσπότης, ὁ ἡμέτερος βασιλεὺς, εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεὺς, ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεὺς, *sacratissimus Dominus noster, Imperator noster, Imperator noster piissimus, clementissimus noster Imperator* (a) quemadmodum & Theodoram τὴν εὐσεβεστάτην δέσποιναν, *piissimam dominam nostram* (b), & constitutionem Justinianæam διάταξιν τὴν ἐγγὺς ἐξενεχθεῖσαν, *constitutionem nuper promulgatam* (c) appellat. Quæ sane omnia non sunt verba dudum in- cipe dudum satis functo dicentis. Accedit, quod Theophilus sæpe paraphrasi suæ intexit formulas antiquas & ritus veteris jurisprudentiæ proprios, quos quum judice Fabrotto (d) non aliunde, quam ex Caji, Ulpiani, aliisque veterum Jurisconsultorum libris, depromere potuerit, satis profecto manifestum est, eum ante commune istud illorum librorum naufragium vixisse, versatissimumque fuisse in illorum operum lectione. Quod denuo non in Theophilizem quemdam Græcum novum, sed in celeberrimum illud Scholæ Constantinopolitanæ Antecessorem, Theophilum cadit. Denique, quod palmarium esse, vir eruditissimus, & collega olim conjunctissimus, Nicolaus Hieronymus Gundlingius (e) observavit, Theophili nostri paraphrasin jam Thalælæus laudavit, & ille quidem quem cum Triboniano, Theophilo aliisque Pandectas composuisse, easque postea κατὰ πόδα vertisse novimus. Quod cum & Fabrottus (f) viderit, mirum sane est, visum ipsum doctissimum Theophilum Justiniano non quidem multo juniorem, a Theophilo tamen Pandectarum & Institutionum architecto diversum credidisse, quasi ipse paraphrastes ætatem suam non multis iisque luculentissimis prodiderit indiciis. Quod si itaque Theophilus noster fuit Justiniano σύγχρονος, ceu hactenus mihi videor demonstrasse; gratissimum procul dubio cupidæ legum juventuti fecit Vinnius, quod eum diligenter consuluerit, & inde textum Institutionum vel stabiliverit, vel explicarit. Nec minus laudandum videtur singulare veritatis studium, quod idem ubique præ se tulit, dum manum ad scribendum adpulit. Rationibus enim solidis legumque auctoritate munivit omnia quæ docuit, nec in ullius juravit verba magistri. Tantum etiam abest, ut more glossatorum quævis convellere ac in dubium vocare studuerit vir doctissimus, ut plerasque istas lites erudite finiverit, & plerumque optimam maximeque legibus contentaneam elegerit opinionem, eamque ita firmarit, ut aliquando & invitos in sententiam suam pertrahere videatur. Ordo porro, quo utitur, ipsi rei quam maxime convenit. Textum explicat accurate, scrupulos, quos injici lectori posse prævidet, cum cura eximit: ipsam doctrinam, quæ quovis loco proponitur, egregie illustrat, nec dissimulat, quæ vel novis Justiniani constitutionibus vel desuetudine & moribus patriis mutata aliter in foro observantur. Nullos hic videbis excessus, ad rem nihil pertinentes, nullas quæstiones otiosas & intempestivas deprehendes, nec hic observabit a Vinnio, tamquam a coquo Plautino, diversa jura confundi. Nam ubique jus Romanum a moribus patriis accurate sejungit, & nihil facit reliqui, ut utriusque principia a lectore suo intelligantur. Denique & oratione utitur, non quidem calamistris inorta, sed pura tamen, & satis plerumque Latina, ut saltim non adfectasse videatur illam barbariem, qua plerosque Jurisconsultos commentarios suos inquinasse diximus. Quo gratior mihi fuit opera, quam a me vir integerrimus, novam hanc editionem meditatus, flagitavit. Quum enim intelligeret, me quædam margini exemplaris mei, ut fieri solet, adnotasse; non dubitavit a me petere, darem operam, ut Vinnii commentarius & nitidior & emendatior prodiret. Et sane nihil, quod mearum erat partium, prætermisissem, si paulo plus temporis ad eam rem fuisset concessum. Quantum tamen a me præstitum putem, pauci accipe. Primo totum commentarium & relegi & recensui, & quidem ita, ut non modo aliquot millena sphalmata quæ in priorem editionem irrepserant, sustulerim, sed & interpunctiones, antea vitiosissimas, vel plane omissas, restituerim diligenter. Deinde Auctores, quos laudat Vinnius, plerosque evolvi, & ubi ipse solum librum expresserat, ego capita etiam & aliquando paginas adjeci, ne Lectori loca illa evoluturo, istud quærendi tædium esset devorandum. Præterea notulas quasdam seu additiones, quas a Vinnianis primis nominis mei litteris, HEIN. distinxi, passim insertas animadvertes. Eas quum jam olim exemplaris mei margini allegissem, ideo edi passus sum, quia quarumdam me ne nunc quidem pœnitet. Sunt eæ non unius generis. Quædam illa, quæ a Vinnio non adeo plene traduntur, supplent: aliæ non satis accurate posita emendant; sunt etiam, quæ quasdam conjecturas de legibus a Vinnio vel emendatis vel explicatis proponunt, Lectorisque judicio submittunt. Non existimo futurum, ut mihi id auso quisquam succenseat. Quæ enim injuria est, alieno libro adspergere notulas? Et quid facilius erit Lectori, cui mea haud placebunt, quam breves illas stricturas prætermittere, maxime quum & paucæ sint, nec adeo multis paginis librum reddant auctiorem? Si qua in re stylus lapsus sit, id in meliorem partem interpretabuntur, quibus aliquis candor inest, quum festinantibus operis pagellæ inter alias occupationes & in medio luctu domestico, descriptæ & sæpe vix relectæ Lugdunum transmittendæ fuerint. Emendationi præfuit ipse, qui sumptus fecit, vir integerrimus. Quumque is & ob solertiam & ob linguæ intelligentiam par omnino sit huic operi, & jam plura ejus dexteritatis dederit documenta, res ipsa jam quoque ostendet, verissimum esse, quod scripsit poeta: (g)

Dominum videre plurimum in rebus suis.

Tu, Lector, fruere editione, omnibus anterioribus, si quid video, meliore, mihique, Tua causa omnia volenti, fave, & ex voto. Vale: Francqueræ Frisiorum x. Kal. Mart. CIƆ IƆ CCXXVI.

Illu-

(a) Theoph. §. 1. *de usucap.* §. 3. *de don.* §. 7. *quib. al. licet* §. 7. *proœm.*
(b) Theoph. §. *ult. Inst. de usuc.* (c) Theoph. §. *ult. Inst. de usuc.*
(d) Fabrott. *Præfat.* ad Theoph. *Inst.* (e) Gundlingian. *Part.* II. *Observ.* II.
(f) Fabrott. *ibid.* (g) Phædr. *lib.* II. *fab.* 7. *v.* 29.

Illustrissimis ac Potentissimis

HOLLANDIÆ ET WEST-FRISIÆ ORDINIBUS, PATRIÆ PATRIBUS,

ARNOLDUS VINNIUS L. M.

Dedicat Consecratque.

Q[illegible] primum tempore Jus civile publice profiteri, atque in celeberrima Academia vestra, Illustrissimi & Potentissimi Domini, libros Institutionum a Sacratissimo Principe Flavio Justiniano compositos interpretari cœpi, simul commentario aliquo eosdem libros illustrare institui, non copiose, aut accurate, sed qualiquali; utpote quem privato potissimum usui destinabam; & inhærebat tum animo meo hæc opinio, libros istos non usque adeo obscuros esse, ut operosæ alicujus explicationis lucem desiderarent. Verum ubi rem aggressus [illegible], & me accingi, statim sensi, majus quiddam esse, quod inceptabam, quam opinatus eram, neque tralatitia commentatione me posse defungi. Deceperat me [illegible] Jacobi Cujacii, clarissimi superioris ævi Jurisconsulti, qui in Observationibus [illegible] de libris Juris no[illegible], [illegible] Institutionum tam planos & faciles sibi videri pronuntiat, ut vix ullo Interprete, aut uti[illegible] Interpretatione indigeant: in tantum, ut non vereatur damnare, tanquam [illegible], [illegible] in iis [illegible] explicandis ab hominibus nostri ordinis impensum est. Cæterum experi[illegible] didici, longe aliter se rem habere, fallacemque interdum esse etiam præstantissimorum virorum auctoritatem. [illegible] autem, Cujacium [illegible] de summi viri judicio nihil amplius in præsentia dicam) ex sua po[illegible], quam ex vero rem æstimavisse. Nam profecto, si ex veritate rem æstimare volumus, nulla po[illegible] Institutionum pars, quæ Interpretem magis desideret, quam ea, in qua omnia prope [illegible] tradita [illegible], & [illegible], non expedita. Quantulum enim est, quod illic reperias, de quo non dubites, aut [illegible] cognoscere cupienti non ad quærendum & cognoscendum relinquatur? Equidem scio, non eo magis no[illegible] hanc operam a vellicatione tutam fore. Rem toties nunc actam ago, & quidem post tot Roscios, id [illegible], post tot doctos Interpretes, a quibus omnia, quæ ad hujus partis illustrationem afferri queant, jam pri[illegible], exhausta & consumpta esse dicentur: & jam nunc audire mihi videor hanc multorum vocem. [illegible] *Hylas puer*? &c. Sed ego vitilitigatorum istiusmodi vanos morsus susque deque habeo; & quidni [illegible] his reponere illud præstantissimi Medicorum, [illegible] Plane enim quod ad Interpretes attinet, etiam prolixiores eorum, quos damnaret Cujacius, multa pa[illegible] omnino, aut cursim transmittunt, quorum tamen justa explicatio ad rei, de qua agitur, [illegible] prorsus necessaria est. Ad hæc mihi curiose in omnia inquirenti non paucæ obortæ sunt [illegible], quos quidem videre mihi contigit, non animadversæ, aut minus feliciter expeditæ, aut [illegible], quas omnes & [illegible] patesci, & pro meo captu removere conatus sum: denique sin[illegible] sunt autem sexcenta hujusmodi) in majorem etiam, quam ipse [illegible] cogitaveram, molem [illegible], ut eo quidem maxime, quo diligentius plenius & planius, quam quisquam antehac, [illegible] eruere, excutere, & pertractari. Accidit enim idem mihi, quod olim Eleusin invisen[illegible], nam ut illi semper aliquid [illegible] solebat, quod revisentibus ostenderet, ita quotiescumque ad horum [illegible] accessi, semper aliquid observavi, quod nec ab aliis, nec a me ipso visum aut [illegible] prius fuerat. Jam tunc nonnullis de hoc commentario nostro percrebuerat. Exhortari cœperant ami[illegible], ut publici eum juris [illegible], rati, fructum [illegible] laboris ad alios quoque perti[illegible], & in primis studiosam Legum Juventutem. Itaque ut primum Pandectarum Interpretatio mihi mandata [illegible] cœpi, & [illegible] exiret, adjeci etiam [illegible] propria, alia [illegible], & cætera quæ nunc passim [illegible] recepta sunt, ab illo [illegible] discrepantia: quæ quidem ex re non parum putavi, constantiæque & judicii [illegible], qui mox in foro atque inter causarum discrimina versabuntur. Ita dum urceum insti[illegible], id [illegible] & qualicumque commentario, accuratus & bene saginatus, [illegible] Academicas & Practicas sive Forenses: quorum in altero cæteros omnes elegantia & do[illegible], in altero [illegible] utilitatis. In eo autem totus pene fui, ut excitata in le[illegible], simul animis eorum [illegible] desiderium atque amorem sapientiæ, justæque [illegible], quod vel [illegible] affectus fuero, operæ curæque pretium putem. Cæterum [illegible] in lucem emittere constituissem, simul facturum speravi, ut vos, Il[illegible] Domini, [illegible] Amplitudinis tutelam suscipere non gravaremini: atque idem [illegible] præsumo. In Academia vestra satus, [illegible], atque editus est, [illegible] contemplati sunt, etiam nescio quid de lepore ac ve[illegible] ex indole conjiciunt, commodis Juventutis natum ajunt, præsertim

hæc

hoc sæculo, quo queruntur, sensim nobis obrepere barbariem, postquam prima & rudis adhuc ætas, nescio quo præpostero impulsu, statim atque a trivialis scientiæ magistris dimissa est, in Juris civilis studia cogitationes suas protrudere cœpit, nulloque aut rerum aut litterarum instructa præsidio Jurisprudentiam, quæ scientiarum omnium maxima est, tamquam sordidum aliquod artificium addisceret. Ita dum vetus disciplina turbatur, & calentibus turbatorum animis primum esse incidit, quod est maximum, una nunc vertigine Quiritem fieri, momentoque turbinis tot Damas exire Marcos. Sed hæc querimonia, quamvis justa, non est loci. Sane fœtus hic noster multis, iisque magnis & non vulgari eruditione præditis Viris usus est non indignus, quem pateremini sub auspicatissimo vestri Nominis splendore in publicum prodire, atque in manus pervenire doctorum & doctrinam expetentium hominum: quo etiam voto nunc eum summa cum animi submissione vobis offero dedicoque. Scribit Uldaricus Zasius, primarium togæ & sæculi decus, eos, qui Jus civile excolunt & scriptis illustrant, lucubrationes suas recte riteque, & quasi quodam præcipue titulo, dedicare Principi; propterea quod ab eo, tamquam a fonte, leges omnes & jura emanant. Qua ratione etiam mihi fas esse existimavi, nostras hasce ejusdem generis vigilias & meditationes iis consecrare, qui vicem Principis in Republica sustinent. Neque vero id novo magis more, quam veterum instituto facimus, qui ea, quæ de jure civili composuerant, Populo, penes quem summa rei erat, tradiderunt: sicut Sextum Ælium, clarissimum atque amplissimum virum, fecisse legimus, & ante eum Cneum Flavium, Scribam Appii Claudii, unius e Decemviris, & cujus maximum consilium in Duodecim Tabulis scribendis fuit, atque hæc munera Populo gratissima fuisse. Nec dubito, quin Sextus Papyrius leges, quas sine ordine a Regibus latas in unum composuit, Tarquinio Regi obtulerit, apud quem summo in honore eum fuisse Pomponius indicat in historia de Origine Juris. Quibus ego argumentis in spem magnam adducor, fore, ut & vos, Illustrissimi & Potentissimi Domini, ea, quæ hic vobis offero, benigne accepturi sitis, auctorumque ea prosecuturi benevolentia, qua & Principes hæc studia complecti, & populus fovere solent. Valete, Viri Bataviæ principes, & si quid votis possum, diu quam felicissime Rempublicam gerite, Ex museo nostro pridie Kalendas Martias cIↄIↄcxlII.



JACO-

JACOBI GOTHOFREDI JCTI HISTORIA ET BIBLIOTHECA JURIS CIVILIS ROMANI.

HISTORIA, SEU PROCESSUS JURIS CIVILIS ROMANI.

JURISPRUDENTIÆ Romanæ (quæ ſeſe apud omnes pene gentes, qua Europa porrigitur, ceu fontem boni & æqui, jam dudum commendavit) operaturo, ante omnia ejus initia, & proceſſum, id eſt a quibuſnam carceribus ad quos metas, per quos paulatim gradus & tramites decurrerit, ſervata temporum lege, noſſe oportet; quod Pomponius *in leg. 2. ff. de orig. jur.* attigit magis, quam expoſuit. Duplici fine. ut ita nempe juris ſtudioſus noverit, ex quibus juris partibus, & ex quorum ſcriptis coaluerit, ſeu coagmentatum ſit corpus illud *Juris Civilis*, quod Juſtinianum habet auctorem, quodque Juriſprudentiæ fundus hodie eſt; tum etiam, ut hac hiſtoriæ & Chronologiæ ſæcula accenſa eo certius & felicius in pleriſque pedem de cætero figere liceat. ¶. Igitur, ut cæteroquin in Reipublic. ſtatum comparata eſt omnis Nomotheſia, & vero triplicem Reipublic. Roman. ſtatum, ſeu tres ætates ſpectare licet, ita per eas nobis & ſingulas ducenda hæc inquiſitio erit, quantum juris tyroni ſufficit, neque ultra.

CAPUT I.

De Juriſprudentia REGIORUM *Temporum*.

PRima ætas, ſeu primus Reipubl. Roman. Status, Regius fuit, cujus initium conſurgit a 750. ferme ante Chriſtum annis; per ſeptem Reges ducta ſerie, ſpatio ducentorum 44. annorum. Igitur, ut initio Civitatis omnia manu Regum gubernabantur, ita ab his paulatim leges variæ latæ, unde hæ Leges *Regiæ* dictæ. Ita tamen, ut Reges harum legum apud populum auctores eſſent: populus ipſe in triginta partes ſeu Curias, mox & in Centurias diviſus, eas probaret; ſanciret; Unde *Curiatis & Centuriatis* legibus nomen. Eas leges omnes illis jam temporibus unum in corpus compegerat Sextus Papyrius, a quo Collectio illa jus *Civile Papyrianum* audit. Exinde poſtea leges aliquot in duodecim tabulas transfuſæ: quinimmo aliquam adhuc etiam ex his memorat Marcellus *in leg. 2. ff. de mortuo infr.* De quibus dicam aliquid adhuc in Bibliotheca juris Romani.

CAPUT II.

De Juriſprudentia Romana ſub LIBERA REPUBLICA.

SEcunda ætas, ſeu ſecundus Reipubl. Roman. ſtatus popularis fuit, liberæ Reipubl. ducta ſerie per 500. circiter annos, ad Auguſt. Imperatorem. Hujus vero ætatis, quod Juriſprudentiam attinet, tres Epochas, tria momenta conſtituo: puta Ἀνομίας, ἰσονομίας, δυνομίας.

Prima, inquam, Epocha liberæ Reipubl. Roman. intra *ſpatium* ſexaginta annorum eſt ἀνομίας, ſeu incerti juris. Poſt Reges quippe exactos, ſimul & cum his legibus eorum abolitis, ne qua videlicet Regiæ poteſtatis umbra ſupereſſet, exceptis legg. Servii de Contractibus, quæ paulo ante a Tarquinio Superbo abolitæ, nunc in uſum revocatæ, a Coſſ. & Tribunis leges de ſtatu quidem publico, & Reipubl. ad populum perlatæ. Etenim ipſe populus Roman. in privatis controverſiis incerto magis juris & conſuetudine, quam per latam legem egit. Coſſ. videlicet Patriciis, & potentioribus pro arbitrio ſuo, nullo ſatis legum præſcripto, jura reddentibus, & pauciſſimis tantum legibus in Pontificum libros relatis: unde ſeditionum & diſcordiarum ſæpe materies enata.

Secunda ita mox ſtatus Popularis Epocha ſecuta: ἰσονομίας ſcilicet & ἰσηγορία in æqualibus Juris conſtituti, & fundatæ legibus Reipubl. Nempe, cum aliquot jam ante annis frequens mentio a Tribunis plebis mota, immo rogatio lata fuiſſet, *de legibus ſcribendis*, tandem A. U. C. 300. agente Romilio, vicit ea ſententia, & quidem vitandæ invidiæ, ut leges ἐπείσακτοι (id eſt adventitiæ vel extraneæ) æquabiles a Græcis peterentur: & ſexennium ferme integrum ea de re abſumptum. Miſſi quippe tres legati ad Græcos, qui triennio poſt reverſi: At anno proximo creati Decemviri, legibus ſcribendis, in his Appius Claudius & Romilius fuere, & præſcriptæ primum ab his decem Tabulæ, accitis & derivatis in eas quæ uſpiam egregia apud Græcos erant, idque opera Hermodori cujuſdam Græci Interpretis. Sed & anno proximo C. U. 302. tabulæ ſuperioribus 10. (aſſumptis nonnullis veluti ſurculis ex Regiis legibus, tandem & traductis quibuſdam ex veteri jure & moribus ſuis ἐκ τῶν ἐθίμων ἀγράφων) additæ ſupplementi vice. Sic tandem (anno U. C. 303. poſt Reges exactos annis 60. ante Chriſtum natum annis 440.) duodecim Tabulæ in æs inciſæ publi-

bilceque propositæ ... runt. Hic itaque jam & fundamentum & penu totius Juris Rom. deinceps fuit, finis Juris æqui, fonsque omnis publici privatique Juris. Quare ob rerum illarum fontes & capita, non veritus Cicer. hunc duodecim Tab. libellum omnium Philosophorum Bibliothecis, auctoritatis pondere, & utilitatis ubertate, præferre. Tandem & evaserunt in carmen solemne, sic ut toto olim lectitari a pueris, hoc velut carmen addiscerent. Atque hæ sunt duodecim illæ Tabulæ, quarum ut frequentissima in jure mentio fit, ita varia subinde jura inde derivare ad ...

Tertium igitur, seu postremum exinde status popularis momentum sequitur, ... videlicet post leges duodecim Tabularum semel latas, per annos fere 440. Id est, postea quam fundata semel Respubl. Rom. legibus fuit, validum juris augmentum & incrementum accepit. Cujus causas ... sex in universum reperio.

I. *Prima* est ... *juris*, id est Prudentum interpretatio ad leges duodecim Tabul. nam quia non omnia propalam his legibus comprehensa fuerant, neque comprehendi potuerant, interpretatione Prudentum aliud subinde ex alio consequens exinde elicitum, quod videlicet ad eandem utilitatem tenderet: & ad similia procedendo, tritura quadam & exercitatione forensi, sine scripto ullo in morem & usum transeuntibus. Unde jus illud *moribus* introductum dicitur, vel etiam proprio vocabulo *Jus Civile*. Sic species hæc juris ex duodecim Tabul. fluxit:

II. Secunda species & occasio fuerunt *Legis actiones*, quæ ex lege duodecim Tabul. proficiscebantur. Nempe de iis, quæ a lege comprehensa erant, certæ & statæ quædam formulæ a Prudentibus compositæ fuerant, quibus inter se homines disceptarent, easque in unum ordinem digestæ: unde *legis actiones* dictæ, quæ hodie *stylo* appellatione merentur: easque a collegio Pontificum peti tum oportebat. Verum 100. fere post annis ab Appio Claudio Centumano in formam & librum redactas legis actiones, scriba ejus Cneus Flavius ..., & toti foro exposuit: ac gratissimum id munus populo visum, magnoque pensatum. Inde pars ... juris, *Jus civile Flavianum* dictum est. Sed ... adauctum mox a Sexto Ælio, qui Tripartita ideo scripsit: ibi quippe ipsa lege duodecim Tabul. proposita, interpretationem primum, mox & legis actionem subtexuit, ... inde *Jus Ælianum* dictum.

III. Tertium incrementum fuere *Leges singulares*, subindeque novæ a populo pro Reipubl. necessitate latæ; quarum ut frequentissima cum in jure, tum alibi mentio: ita collectæ hodie in unum Clarorum Virorum opera, de quo in Bibliotheca juris.

IV. *Plebiscita* quoque a plebe sola quamplurima ... ta, sed quæ pro legibus habita, sic ut omnes ... ea tenerent, ex lege Hortensia; immo & in legum nomen transiere. Exemplo potest esse lex Aquilia.

V. Per *Prætores* quoque, 80. & quod excurrit, post duodecim Tabularum, annis, institutos, penes quos summum in jure dicendo inter privatos imperium ..., quique Juris Civilis custodes essent, ... belli causa COSS. non minimum Jurisprud... profecit. Nam etsi ab initio annua tantum ... eorum Edicta (prout etiam annus eorum erat Magistratus), quæ scilicet initio Magistratus sui in ... publice proponebant, ut ita sciret populus qua de re quomodo in anno suo jus dicturi essent: Attamen, cum ea edicta ab æquitate commendarentur quamplurima: vice versa, ... moment... & arbitrariis hujusmodi edictis ambitiosorum Prætorum gratiæ multum liceret, Lex Cornelia 300. post annis, A. U. C. 686. a Tribuno plebis rogata, ut Prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent: ... Servius JC. 115. annis ferme post, ... te Christum natum, ... duos libros ad ... conscriptos brevissimos reliquit. Eum excepit ... Ofilius, qui primus edictum Prætoris diligenter composuit, circa Julii vel Augusti tempora. Quare Ci... jam illis temporibus ..., ut enim a duodecim Tab. Ita nunc a Prætoris edicto ... operam daturos initiandos ...

VI. *Jurisconsultorum* etiam scientia quamplurimum jurisprudentia profecit, non modo p... a præter..., quorum primus ... memoratur circa A. U. C. 500. Tiberius Coruncanus: ... potissimum scriptis eorum, seu rescriptis & responsis: scriptis, in quibus, quia ... regulis & actionibus ... congestis, collectis, Jus civile fundare & constituere nisi sunt: quinimmo ... subinde novas inducere, superiora ... scripta notis suis in melius p... : rescriptis, seu responsis, ad consultationes ... et Judicum & aliorum. Quæ tanti ..., ut ab ... vix judices recederent; & licet vim legis ipso jure non obtinerent, ipsa tamen æquitate & necessitate commendata ... obtinuerunt.

... denique per hos gradus profecit hac ætate Jurisprudentia, ut mole sua laborare videretur. Unde jam tum ... Cæsari, *de Jure civili in artem & ... tum modum redigendo*, & in pa... libros ex immensa diffusaque legum copia conterendo.

CAPUT III.

De Jurisprudentia sub IMPERATORIBUS.

POstrema ætas Reipub. Rom. successit Monarchiæ Rom. Hoc sane tempore, etsi Imperatorum constitutionibus potissimum profecerit Jurisprudentia, attamen & aliis rationibus ex eorundem Principum auctoritate maximum incrementum ea cepit.

Nam ut ... posteaquam post Principis Imperium res jusque populi ... venit, atque adeo & juris constituendi potestas ad Principes transiit: ultro tamen nonnullas alias juris constituendi vias Principes probarunt, & juris vim iisdem tribuerunt.

Primum enim inter initia principatus *Leges* adhuc complures a populo, veteri ritu, Augusto auctore tantum, non Julio latas, deprehendere licet, ... *Julius legibus* ... Comitiis de Campo Martio ad Patres non... translatia, quod a Tiberio demum factum. Ita veteris libertatis ... utroque & simulacrum quoddam ab Augusto relictum, a Tiberio ademptum, ne alioquin vis principatus (ut ejus verba erant) resolveretur: *... conditio est, ut non aliter ratio constet, quam ... reddatur*.

Secundo, *Senatui* quoque postea auctoritatis umbra seu simulacrum aliquod hac parte in jure privato constituendo relictum. Nam quæ Principes de jure privato constituturi essent, Orationibus in Senatu prius complectebantur, de his censendi arbitrio Senatui relicto;

eas

eas deinde Orationes Senatuſconſultum ſequebatur. Quare, quod uno loco Orationes introductum dicitur, id alibi Senatuſconſulto tribuitur. Ideoque Principes ipſi horum auctores dicti. Atque hæc ſunt illa *Senatusconſulta*, quorum tam multa mentio in jure. Quæ ſane obſervare eſt, ibi incipere, ubi Leges deſinunt, ideſt a Tiberii principatu: deſinere vero, ſeu procurrere ad Marcum Imper. uſque. Ultra quem nulla amplius Senatuſconſultorum de jure privato conditorum mentio occurrit.

Tertio & *Juriſconſultorum* ſcientiæ ſua ſtetit & quædam auctoritas: In tantum, ut & Juriſconſulti ex Principis jam inde ab Auguſto auctoritate, non ut antea privatim, publice reſponderent, & tum ex ſcripto, non verbo. Atque ita major juris hujus auctoritas facta fuerit. Addatur his magna Juriſconſultorum frequentia circumdatos Principes, ex quorum ipſi conſilio jura dicebant, condebant, ut non plures, aut potiores Prudentes alia ætas tulerit, quam hujus ætatis prima Epocha. In tantum, ut quorundam tandem ſcriptis, vim legum (ut loquebantur), id eſt auctoritatem allegationis in judiciis, vimque legis Principes tribuerint.

Veniat quarto loco, & in hunc cenſum *Edictum perpetuum*. nam cum edicta Prætorum ante incerta forent, ad ultimum, centum & quod excurrit poſt Ofilium annis, 15. Hadriani Imper. anno, ejuſque juſſu circa A. D. 102. Edictum perpetuum a Juliano JC. ordinatum fuit: non modo Prætorum edictis compilatis, & in ordinem ac titulos coactis; verum & de ſuo aliquam multis additis, aliis detractis, immutatis. Et opus hoc adeo probatum fuit, ut antiquata jam lege duodecim Tabul. in quam plurimis, hæc major & potior juriſprudent. pars extiterit; Hicque jam fundus ejus habitus, eoque velut æquiſſimo jure Imperatores uti voluerint: atque exinde jam dimidia ferme pars ſententiarum in Pandectas relatarum, conſtet.

Extra hæc quatuor, quæ dixi (puta Leges nonnullas, Senatuſconſulta, Juriſconſultorum Scripta, & Reſponſa, & Edictum Perpetuum), potiſſimam Juriſprudentiæ partem ſub hoc ſtatu monarchico Principum conſtitutiones facere: ſive ipſi inter partes cognoſcerent, decernerent, unde *Decreta & cognitiones* Imperatoriæ: ſive ad libellos privatorum & conſultationes Magiſtratuum reſcriberent, unde *Reſcripta* Principum; ſive generale Jus publice conſtituerent & edicerent, unde *Conſtitutiones* proprie & *Edicta* Principum: ſive Juriſconſultorum diſſenſiones deciderent unde *Deciſiones*: Ejuſmodi ſunt 50. Juſtiniani.

CAPUT IV.

De Prima EPOCHA *Imperatorum*.

TRes porro Epochas ſtatus hujuſce monarchici conſtituto. Prima eſt *Gentilium* Imperatorum, per trecentos 50. circiter annos, ab Auguſto Imp. ad Conſtantini Magni initia, ſeu A.D. 306. uſque: quibus poſt Auguſtum imperarunt Tiberius, Cajus, Claudius, Nero, Veſpaſianus, Titus, Domitianus, Nerva, Trajanus, Adrianus, Antoninus Pius, D. Fratres (ideſt M. Antoninus Philoſophus & Verus), Marcus ſolus, Marcus cum Antonino (ideſt Commodo filio ſuo), Commodus, Pertinax, Severus, & Antoninus, F. Antoninus, Caracalla, ſcilicet Antoninus Heliogabalus, Alexander Severus, Maximinus, Gordianus; Philippi Impp. Decius, Gallus, & Voluſianus, Valerianus Galienus, & Valerianus, Cæſar, Gallienus, & Valerianus Claudies, Aurelianus, Probus, Carus, & Carinus, & Numerianus: Diocletianus, & Maximianus: Conſtantinus, Maximianus Auguſti, & Severus ac Maximianus Cæſares. Ab his omnibus, ut variæ conſtitutiones proceſſerunt, quarum mentio paſſim fit tum apud Hiſtoricos, tum in ſcriptis Juriſconſultorum, & in Principum poſteriorum conſtitutionibus, ita ſequentium nominatim, jam inde ab Hadriano, Principum conſtitutiones in duos Codices Gregorianum, & Hermogenianum (quorum fragmenta quædam hodiedum extant) per titulos conjectæ fuerunt: privatane an publica auctoritate conditi fuerint, in incerto eſt: At proculdubio de Compilatorum nomine ita dicti. Neque de illo ſatis hactenus conſtat, cur ab Hadriano (cujus etiam unica tantum conſtitutio in Codice refertur, puta *lex* 1. *Cod. de teſtamentis*), neque ultra, aſſurrexerint aut Codices illi, aut poſtea Juſtinianus. Mihi mens ea, id ideo factum, quia nova quædam Juriſprudentiæ ratio ab Hadriano cœperit, tum Edicto perpetuo conſtituto, tum quia ſectæ JCtorum, de quibus poſtea, tum pene refrixerint: denique, quia publice reſpondendi cuique pro arbitrio ſuo jus factum: Ut proinde novi Juris, ac novæ Juriſprudentiæ auctor Hadrianus Codicibus illis initium dederit: pariter ut ſecundæ Epochæ novitas, novo Codice Theodoſiano, de quo mox.

CAPUT V.

De Secunda EPOCHA *Imperatorum*.

SEcundam Epocham Imperatoriarum conſtitutionum faciunt Principes Chriſtiani, a Conſtantino Magno, qui primus Imperatorum Chriſtianus fuit, ad Theodoſium Juniorem uſque ſeu ad A. D. 438. ſpatio circiter anno 130. hoc ordine: Conſtantinus Magnus: Conſtantinus, Conſtantius, Conſtans: Conſtantius & Conſtans, Conſtantius ſolus: Conſtantius Auguſt. & Conſtans Cæſar (ideſt Gallus) Conſtantius Auguſt. & Julianus Cæſ. Julianus Aug., Jovinianus, Valentinianus & Valens: Valentinianus, Valens & Gratianus; & Valens, Gratianus & Valentinianus Jun. Gratianus: Valentinianus Jun. & Theodoſius: Valentinianus Jun. Theodoſius & Arcadius: Theodoſius: & Arcadius: Theodoſius, Arcadius: Honorius, Arcadius: Honorius, Arcadius Honorius: Theodoſius Jun. Honorius, Theodoſius Jun. & Conſtantinus Cæſar: Honorius Theodoſius, Theodoſius, & Valentinian. III. Horum Principum Chriſtianorum igitur, ſuaſque ad id tempus de rebus tum ſæcularibus, tum Eccleſiaſticis conſtitutiones, octo viris ad id delectis, Theodoſius Jun. unum in Codicem ſeu corpus colligendas commiſit. Et vero in ſexdecim libros relatæ, eo codice, qui ideo *Codex Theodoſianus* dicitur. Quique ideo a nonnullis veterum: *Novas leges legitimorum Principum* continere dicitur, eo quod ex Chriſtianorum Principum conſtitutionibus conſtaret.

CAPUT VI.

De Tertia EPOCHA *Imperatorum*.

Postrema Epocha est eorum Imperatorum, qui deinceps secuti ad Justinianum Imperatorem: eaque centum circiter annorum, ab A. D. 338. ad annum 534 hoc ordine. Præter Theodosium & Valentinianum III. Valentinianus & Marcianus: Martianus solus: Leo & Majoranus: Leo & Severus: Leo solus. Leo & Anthemius. Leo Junior & Zeno; Zeno solus, Anastasius: Justinus & Justinianus: Justinianus solus. Atque horum Principum constitutiones suas & peculiares collectiones meruere: & quidem sub *Novellarum* nomine, eo quod novissime post Codicem Theodosianum editæ essent: usque quo ad Justinianum deventum est, de cujus instituto paulo post.

CAPUT VII.

De JURISCONSULTIS, *eorum successione*, *sectis*, *scriptis*.

PRius enim de JCtis omnibus, eorum sectis, & variis scriptorum generibus, tam sub libera Rep. quam sub statu Monarchico, sigillatim moneri oportet Vario & multiplici usu, non tantum ne ad Juris Civilis libros accedentibus, veterum Auctorum nomina incognita esse possint, quod 4to jam sæculo Ammianus Marcellinus causidicis nonnullis exprobrabat. Verum, ac potissimum, ut ad temporum ordinem dispositis JC. quis, item cujus sectæ fuerit, quæ eorum scripta sint, in quibus luserunt, Jusque adauxerunt, probe intellectis, & juris ipsius processum, & vim plerarumque legum, denique conciliandarum legum rationes tenere possimus.

Successio Jurisconsultorum 315. hæc ferme tenenda est ante Ciceronem. SUB LIBERA REP. hi hoc ordine fuerunt.

Pub. vel Sext. Papyrius.
Appius Claudius, unus e Decemviris circa A.U.C.330.
Appius Claudius Centimanus Cæcus A.V.C. 440.
Appius Claudius 3.
Sempronius coætaneus.
Q. Mucius Augur.
Tiberius Coruncanius circa A. V. C. 470.
Sext. A. V. C. 555.
P. Ælius A. V. C. 558.
Scipio Nasica.
P. Attilius.
M. Porcio Cato.
M. Manilius A. V. C. 600.
P. Mucius A. V. C. 620.
Lælius Brutus.
M. Junius Gracchanus circa A. V. C. 630.

¶ CICERONIS ævo ante Julium C.

P. Attilius Rufus, Cos. A.V.C. 648. ante Christum 102.
P. Virginius.
Q. Tubero.
Sextus Pompejus.
Cœl. Antipater.
Lucius Crassus Mucianus.
Q. Mucius Scævola circa A.V.C. 660. ante Christum 90.
Gallus Aquilius, Muccii auditor.
Balbus Lucius.
Sext. Papyrius.
G. Juventius.
Cornelius Maximus.
Servius Sulpitius circa A.V.C. 700. ante Christum 50.
Antæus.
Sext. Ælius Drusus.
Granius Flaccus.
Paconius.
Puteolanus.

¶ *Sub* CICERONE, JULIO CÆSARE & AUGUSTO.

A. Cascellius.
C. Trebatius Testa.
Antistius Labeo, Servii discipulus.
C. Aul. Ofilius, Servii discipulus.

¶ *Post* CICERONEM sub Augusto, post natum Christum.

Alfenus Varus, Servii discipulus.
Fenestella.
Aufidius Tucca, Servii discipulus.
G. Atejus Pacuvius, Servii discipulus.
Priscus, Servii discipulus.
Cinna, Servii discipulus.
Blæsus.
C. Ælius Tubero.
T. Cœlius, Servii discipulus, post Trebatium.
Publ. Gelius, Servii discipulus.
Aufidius Namusa, Servii discipulus.
Atejo Capito.
Labeo Antistius, Trebatii discipulus.
Vitellius.

¶ *Sub* TIBERIO, CAJO, CLAUDIO, NERONE.

Ælius Gallus.
Massurius Sabinus.
Nerva pater.
Favius Mela.
G Cassius Longius circa Ann. Dom. 30.
Arrianus.
Carsilius.
Proculus.
Sex. Prædius, sub Cajo & Claudio.

¶ *Sub* VESPASIANIS

Attilicinus.
Ursejus Ferox.
Priscus Fulcinius.
Vivianus.
Plautius.
Pegasus.
Nerva filius.
Cœlius Sabinus.

¶ *Sub* TRAJANO, & HADRIANO.

Minicius Natalis.
Juventius Celsus P.

Pri[illegible] [illegible] Magister Juliani, *l. 5. ff. de manum. vind.*
Celsus F.
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]

¶ *Sub* ANTONINO PIO.

Severus V[illegible]rius.
Salvianus Julianus.
[illegible]
Terentius Clemens.
[illegible] Mauricianus circa A. D. [illegible]
[illegible]
P[illegible]jus Clemens.
Campanus.
[illegible]
Vindius Verus.
Sex. Cæci[illegible]

¶ *Sub* DIVIS FR[illegible] [illegible] SOLO.

[illegible] [illegible]
[illegible], post A. D. 167.
[illegible] Saturninus.

¶ *Sub* MARCO & COMMODO.

[illegible]
[illegible] M[illegible]inus. v. *l. 90. de pactis*, *l. 17. de jur. patr.*
Marcellus post Ann. Dom. 168. v. l. 6. in fin. *ff. mandati.*

¶ *Sub* COMMODO.

Q. Cervidius Scævola.
Florentinus.
Taruntenus Paternus.

¶ *Sub* SEVERO.

Arias Severus.
Tertullianus.

¶ *Sub* SEVERO & ANTONINO CARACALLA
post A. D. 202.

Arius Menander.
Papinianus.
C[illegible]tratus.
Furius Anthianus.

¶ *Sub* ANTONINO CARACALLA.

Marcianus Messius.
Tryphonius.
[illegible]
Ulpianus.
Licinius Rufinus.

¶ *Sub* ALEXANDRO SEVERO.

Æmil. Macer.

¶ *Sub* GORDIANO.

Modestinus, circa Ann. D. 240.

Atque hic JCtorum finis est, hic oracula JCtorum obmutuere, sic ut ultimum JCtorum Modestinum dicere vere liceat, cessim & retro collapsa jam Jurisprudentia. Itaque qui deinceps successerunt JCti cujusmodi aliquam multos observare licet, (& quidem inter alios INNOCENTIUM, quem multis prædicat Eunapius: ejusdemque mentio apud Ammianum Marcellinum) item ANATOLIUM nadam docendi, & profitendi publice Provinciam Romæ, Constantinopoli, Beryti susceperunt: Jus autem neutiquam adauxerunt: sive quia prioribus pares esse non poterant: sive occupata jam & exhausta ab aliis materia, sic ut ad summam Jurisprudentia pervenisset, sive denique barbarie paulatim invalescente, atque incuria solidæ eruditionis; quo alioquin pertinet querela Ammiani Marcellini, *lib.* 30. querela Theodosii Junioris, *in novella de auctoritate Cod. Theod.* & Consilium auctoris, qui eodem Theodosii Jun. fuit subditum Notitiæ Imperii.

Hinc denique factum, ut non aliud insecuti JCti præstiterint, quam ut vetera excolerent, colligerent, improbarent, quod Bibliotheca juris ostendit: quorum numero tres reperio.

Sub CONSTANTINO M. & ejus Filiis.

Hermogenianum, Aurelium, Arcadium, Charisium, & Julium Aquilam.

Et hæc de Prudentum successione: sequitur de eorumdem *Secessione*, seu sectis. In varias scilicet sectas a JCtis recessum, jam inde Augusti temporibus, & verso in principatum Reipub. statu, a paucissimis licet initio principiis, quibus discordarent, latissime tamen postea diffundente divortio: Hinc igitur stare *Cassiani*, itemque *Sabiniani*, istinc *Proculejans*, seu *Pegasiani*. Hujus dissidii Auctores primi Attejus Capito, & Antibius Labeo, quorum ille tenax in traditis, sibi Sabinos & Cassios habuit sectatores: hic vero ingenii fiducia multa innovare instituit, sectatoribus Proculo & Pegaso. Sic aucta dissensio a discipulis, quorum hæc series; & cui similem depinxit Contius 1. *Success.* 12.

SABINIANI	PROCULEJANI.
CASSIANI.	PEGASIANI.
Sub AUGUSTO.	
Attejus Capito Osilii discipulus.	Antistius Labeo Trebatii discipulus.
Sub TIBERIO.	
Massurius Sabinus.	Nerva Pater.
Sub CAJO CLAUDIO NERONE.	
C. Cassius Longinus. a quo Cassiani.	Proculus, unde Proculejani.
Sub VESPASIANIS.	
Cœlius Sabinus, Nervæ Filius, a quo SABINIANI.	Pegasius, a quo PEGASIANI.
Sub TRAJANO, HADRIANO, ANTONINO PIO.	
Priscus Javolenus.	Celsus P.
Aburnus Valens.	Celsus F. Friscus.

Juscia-

Jul-ianus. Neratius.
Sal. Julianus.

Atque hactenus, neque ultra Hadrianum, vel Antoninum Pium, sectarum istarum sequaces reperiuntur. Quinimmo restrinxisse hæc dissidia vero est, saltem in apertum dissidium res non erupit. Exinde quippe certatim orti ercifcundi medii JC. neque in cujusquam jurare verba Magistri parati. Etsi stetisse controversias aliquas nihilominus verum est, quæ *decisionibus* Principum postea, & in his Justiniani tandem sopitæ. Et hærent quoque etiamnum, quicquid tandem egerit Tribonianus, hujus dissentionis reliquiæ, quæ tot ideo ἐναντιόφανα nobis producunt, quibus componendis multum interest scire quis cui sectæ fuerit addictus.

Scripta veterum Jurisconsultorum, quorum indicem præferunt Pandectæ Florentinæ, præferunt legum, ex quibus Pandectæ concinnatæ sunt, inscriptiones; ad hæc summa genera refero. Vel enim in pragmaticis, seu practicis versati sunt (quo pertinent libri Quæstionum, Responsorum, Epistolarum, Decretorum, Constitutionum, Digestorum): vel versati sunt in ταχταῖς μασι, seu παραγγέλμασι; id est in officiis Magistratuum describendis; (hinc tot JCtorum libri de hujus, vel illius Magistratus officio). Vel denique in Theoreticis versati, vel enim exceptis & variis lectionibus concinnandis institerunt, (hinc libri variarum lectionum); vel notas conscripserunt ad leges populi Roman. ad JCta, Edicta, Orationes, Principum constitutiones, JCtos alios veteres: vel Tractatus singulares ediderunt; tandem jus in artem redigere satagerunt; hinc Enchiridia, Pandectæ, Regulæ, Sententiæ, Definitiones, Brevia, & Institutionum libri.

CAPUT VIII.

De JUSTINIANI OPERIBUS, seu CORPORE *Juris Civilis*.

HIS ita ab Justiniani tempora perductis, *Justinianus* ipse cum immensam illam constitutionum; & Jurisconsultorum molem & sylvam videret, impetum cœpit, secundo statim Imperii sui, A. D. 528. hanc ingentem sylvam cædendi, utiliorum delectu habito, & superfluis resecatis. Qua in re septennium integrum absumptum: & triplici quidem instituto, sequenti ordine, qui ad enantiophanon quoque conciliationem observandus est. Primum, ad constitutiones Imperatorias converso studio, & decem viris ad id delectis, & in his Triboniano, ex tribus illis, quas dixi, Imperatoriis epochis, & ex tribus illis, quos dixi Codicibus, ac secutis deinceps Imperatorum, suisque ad id tempus Constitutionibus, *Codicem* concinnari voluit, A. D. 528. Et vero secuto anno editus Codex A. D. 529. Inde ad Veterum JCtorum libros, qui ad duo millia ascendebant, & versuum (id est sententiarum) trecenties decem millia, animum adjecit, quare *Pandectas* sive *Digesta* exinde componi jussit, anno 4. Imperii sui, seu A. D. 530. & quadriennium eo uno opere absumptum: editum quippe A. D. 533. apertissima nominis ratione, quia opus hoc *universu* veteris prudentiæ monumenta in unam consonantiam redacta, *digesta* contineret. Eodem anno, & Tyronibus juris studiosis prima juris elementa, seu fundamenta, & incunabula, quatuor *institutionum* libris proponi voluit: Exemplo potissimum Caii JC. & vero in publicum edidit, uno mense ante Digesta. Sequenti demum anno 534. cum Codici aliquid deesse videret, repetita prælectione & editione eumdem tractari voluit: & hic est Codex ille novus *repetitæ prælectionis*, quo hodie utimur, priore abolito.

A. D. 528. Justiniano. A. 2. Coss.
529. Decio V. C. Coss.
530. Lampadio & Orestе Coss.
CODICEM fieri mandavit Justin. Idib. Fab.
Codex editus Idib. April.
DECISIONUM 50. initium ab hoc anno,
DIGESTA componi mandat Decemb. mense.
531. Post cons. Lamp. & Or. 1.
532. Post cons. Lamp. & Or. 2.
533. Justiniano 3. cons.
INSTITUTIONES eduntur mense Novembr.
DIGESTA eduntur mense Decembr. 534 Justiniano 4. & Paulino Coss.
CODEX repetitæ prælectionis editur mense Novembris abrogato priori.

Atque hac triplici ratione plenissime juris studio consultum putavit Justinianus.

Nihilo secius & ipse deinceps post Codicem suum *Novellas* quasdam constitutiones pro rei contingentia, & negotiorum varietate edidit, quæ postea in unum corpus collectæ; & quia harum epitomen Julianus antecessor conscripserat, *Authenticæ* dici meruerunt. His cohærent & Edicta 15. ejusdem Justiniani, quæ non ad certum aliquem hominem, aut populum scripta sunt, sed in genere provulgata. Atque in his quinque partibus absolvitur Corpus Juris Civilis.

CAPUT XI.

De FATO JUSTINIANÆÆ *Jurisprudentiæ*.

SEcuta sint Justinianum ea tempora, immo partim excepere, quibus neque Occidentem Justinianæi libri penetraverunt. Jamdudum enim eum Gothi Franci, Saxones, Vandali pervaserant: pervaserunt & postea Longobardi. Quare illorum legibus locus jam factus, Salicis, Burgundionum, Visigothicis, Longobardicis, quas exhibet *Corpus legum antiquarum*: nisi sicubi suæ & Romanæ leges infelicibus Romanorum reliquiis servatæ fuerunt: & hæ ipsæ tamen leges Rom. non e libris Justinianæis desumptæ, verum ut antea ex Codice Theodosiano ipso, statim ut conditus (teste Sidonio Apollinari), ita postea ex Epitome quadam *Codici Theodosiani* sub textis nonnullis e Gregoriano, Hermogeniano, Pauli Sententiis, Ulpiani Regulis, Caji institutionibus. In Orientis Imperio miro miseroque fato, & eodem quo cæteræ disciplinæ, Justinianæi libri sensim obsolevere, recedente paulatim linguæ Latinæ usu, & barbarie in dies magis ac magis accedente: quin & Novellis subinde, pro novo Republ. statu insecutorum Principum Constitutionibus, alicubi etiam per invidiam & æmulationem tam illustri operi incumbentibus. Quare ut de Leonis Novellis nil dicam, in novas subinde formas opus Justinianæum recoctum. Nil jam dico de Institutionum paraphrasi, quæ Theophilum habet auctorem, utilissima; hoc ipsum sane ostendit Basilii Macedonis Epitome Juris Codicis, seu Digestorum, seu πρόχειρον, trecentis circiter post Justiniani opera annis editum. Testantur Basilicorum 60 libri a Leone ejus & Leonis filio Constantino Porphyrogeneta repetita prælectione concinnati, in unam vid. con-

con...m omnibus Justiniani operibus contusis; testatur eorumdem Basilicorum synopsis, seu ecloga: Eidem faciunt tot barbara & ignota JCtorum nomina, notas jam in Basilicis, tamquam fundum Jurisprudentiæ conscribentium. Testis est Photii Episcopi Constantinopolitani Nomocanon, quo is leges civiles cum canonibus miscuit, quique postea Theodorum Balsamonem interpretem nactus est. Hinc etiam Synopsis altera Attaliatæ adhuc brevior, & velut synopsis synopseos, jussu Michaelis Ducæ Imp. A. D 1077. His accedat & Constantini Hermenopuli Procheirum, seu promptuarium ex Basilicis conflatum, circa Emmanuelis Comneni ætatem. A. D. 1145. His accedant omnibus Paratitlorum Græcorum libri, quorum tres Leunclavius edidit. Quorum omnium ut usus aliquis sæpenumero esse potuit, ita maxima pars affaniarum plena; usque quo Orientis Imperio perpotiti jam Turcæ, capta Constantinopoli ann. 1455. Quos tamen ipsos & reverentia quædam Juris Justinianæi vel curiositas saltem tetigit: & si verum est quod Leunclavius prodidit, Codicem Justinianæum neque Turcis in lingua sua deesse.

Sed commodum accidit, ut circa ipsa tempora, quibus jam nitor Jurisprudentiæ Justinianææ ferme decoxerat, salutari quodam sidere, & divina virgula, 600. ferme annis post, medio quasi sæculo duodecimo A. D. 1136. Opus Justinianæum in Occidente efferri cœperit. Exactis quippe a Lothario Imper. II. Saxone ex Italia Normannis, & ab eodem ductu Innocentii II. Pontificis Melphi seu Amalphi Civitate Apuliæ (quæ pars Italiæ diu post alias in potestate Græcorum Imper. steterat) expugnata, repertum antiquissimum illud exemplar, & Jurisprudentiæ Ancyle Pandectarum, quod Pisani ab Innocentio II. Pontifice Maximo, & Lothario Cæsare item II., quia classe eos adversus Normannum Rogerium juvissent, seu egregie navatæ operæ monumentum & præmium, retulerunt, ejusque donationis per Lotharium collatæ instrumentum habuisse se P...ius Cryphius Pisanus historicus affirmat: Et habuerunt id diu penes se Pisani; unde & in Glossis *Pisanæ Pandectæ* vocantur; Donec per Gignum Caponium Florentini A. D. 1496. Pisis in potestatem redactis, subjectionis symbolum transtulerunt: Unde *Pandectis Florentinis* nomen: Inde idem Lotharius Irnerii (quem alii Vernerium vocant) qui *Authenticas* Codici subtexuit: consilio, Jus Justinianæum & in foro observari, & in Gymnasiis doceri jussit, ac nominatim precibus Mathildæ Comitissæ Tusciæ Pisis doceri, quod Abbas Urspergensis retulit. Itaque Irnerius & Jus Justinianæum e bibliothecis eduxit, & primus jura in Italia Bononiæ professus est, & primus præterea interpretationem addidit. Ab hoc initio ad alias Civitates Italiæ & transmontana Galliarum propagata Jurisprudentia, posteaquam semel Irnerius vexillum extulit. Hinc enim ex schola Irnerii prodiere Placentinus Bononiæ; in Gallia Monspelii, Joannes Bossianus, Martinus Cossias, ambo Cremonenses, Bulgarus Pisanus, Azo Accursii præceptor, qui ultimus Accursius superiorum Glossa in suas & plenissimas Joannis auditor transfudit, temporibus Friderici II. ante annos 435. integros, id est circa annum 1227.

Atque huic inquisitioni satis. Nisi quod & illud scire interest, sæculo demum superiore, posteaquam veteri historiæ linguarum & humanarum litterarum studium renatum est, simul & Jurisprudentiam meliori fato excitatam. Nam cum antea soloci filo, & jejuna atque aspera Interpretum opera Jus tractaretur, sine ullo Historicæ, aut Philologicæ cognitionis lumine, qua destituti ubique passim impegere, Accursii glossam, seu feudum Jurisprudentiæ sequi & enarrare tum contenti, textu jam pene neglecto, & abolitis pene libris Justinianæis: exorti certatim qui Jurisprudentiam ab his impolitiis vindicarunt, tum scriptis, tum ipso textu instaurato, & in his Pandectis Florentinis, eductis: In his primi & potissimi Guilielmus Budæus, Andreas Alciatus, Gregorius Holoander, Antonius Augustinus, Lælius Taurellus, Zasius Viglius; & post omnes, ut taceam cæteros, domestica etiam decora, sed qui unus pro omnibus, qui e latericia jam auream fecit Jurisprudentiam.

JAC. CUJACIUS.

BIBLIOTHECA JURIS CIVILIS ROMANI.

HIstoriam Juris Civilis proximo pedato excipiat Bibliotheca, cujus notitia hoc initio pariter præstruenda venit: ut ita limine studiorum suæ deinceps artis instrumenta familiariter nosse tyro incipiat: Atque in his potissimum hærendum sibi, vel ubi aliquando ad recentiorum commentarios diverterit, huc omnino redeundum, hicque pedem figendum sciat. *Bibliothecam* voco libros, de Jure Civili Romano, aliaque vetera monumenta & fragmenta, ceu tabulas naufragio, quæ vel propriis consignata editaque libris, vel per varios sparsa libros, clarorum Virorum industria hodie collecta habemus: Denique omnia ad jus civile spectantium librorum fragmina, quæ superiorum temporum injuria nobis fecit. Quæ omnia, etiam ea quæ alioquin vel minima videri posset, vel absoleta & antiquata nimis, vel etiam e Græculis, aut sequioris ævi scriptoribus consignata maximam tamen lucem Justinianæis libris vel illustrandis & explicandis, vel restituendis subinde inferunt.

CAPUT PRIMUM.

Præ-JUSTINIANÆI Veteris *Juris Reliquiæ*.

PRimum igitur eas Juris Civilis reliquias apponemus, quæ spectant ad jus vetustius Justinianæo; Atque a publicis monumentis & legibus initium faciemus.

I. Legum REGIARUM, (qui primus fundus Jurisprudentiæ Romanæ est) fragmenta primo loco occurrunt, quæ a Sexto Papyrio olim unum in corpus collecta fuerunt; ad quæ postea Granium Flaccum Jurisconsultum librum Commentarium scripsisse Paulus noster auctor est, *in leg.* 144. *ff. de verbor. signif. Granius*, inquit, *Flaccus in libro de Jure Papyriano*: quem ipsum Granium Flaccum Lacinium allegant Festus, Arnobius; quin & Macrobius *lib.* 3. *Saturn. cap.* 11. locum integrum ex hoc jure Papyriano apponit. Verum utrumque opus cum ipsis legibus intercidit. Supersunt tamen ipsarum legum fragmenta nonnulla, quæ Antonius Augustinus, Contius, Balduinus, Flavius Ursinus Romæ in 4. Ann. Dom. 1583. Pandulphus Pratejus, Franc. Modius, Manutius, Lipsius collegerunt, partim ipsismet Legum Regiarum verbis consignatis: potissimam vero partem earum tantum sententia expressa. Sed magna Balduini confidentia fuit, qui usus est asserere, octodecim Romuli Leges se habere ex columna quadam antea Romæ in Capitolio erecta. Illud observandum, non nisi trium Regum leges occurrere, nempe *Romuli*, *Numæ*, & *Servii Tulii*: (cujus 50. leges fuisse de contractibus, & delictis συναλλακτικὰς ϗ περὶ τῶν ἀδικημάτων Dionysius Halicarnasseus diserte scribit *l.* 4., nullas Tullii Hostilii, Anci Martii, aut Prisci Tarquinii, ac multe minus Tarquinii Superbi, qui Tullianas aboleverat.

II. Leges duodecim TABULARUM, (qui secundus fundus & corpus Jurisprudentiæ Romanæ est), proxime sequuntur. Ad has sane veteres subinde Jureconsulti interpretationes, seu Commentarios, & explanationes scripserant: in his Sex. Ælius, L. Acilius, Lælius, Valerius Messala, Qu. Antistius Labeo: postremum omnium sub Marco Imperatore *Cajus*. In ipsarum legum fragmentis eruendis, ut aliquammulti alii post alios, (etiam Cujacius *libris observationum*) ita colligendis quamplurimi operam navarunt, puta Aymarius, Ricallius Oldendorphius, & ex eo Forsterus) Antonius Augustinus, Romæ in 4. 1583. Balduinus, Contius, Hotomannus, Rævardus, Calcagninus, Crispinus, Pighius Marcilius, Franciscus Pithœus, Dionysius Goth. p. m., Justus Lipsius, & alii. In disponendis varium singuli quippe ferme ordinem sectati. Jam aliquot anni abeunt, cum ipse varios errores ab aliis hac parte admissos observabam, ob aliquammulta omissa, alia interpolata, aliena etiam in hunc censum conjecta, puta Legis actiones nonnullas, & elicita per interpretationem ex ea, atque genus alia. Ordinem ut quisque ex arbitrio commentus est, ita ad verum propius accessit Franciscus Pithœus. At genuinum duobus subsidiis restituisse mihi videor: Primum expressis Veterum quorumdam in id authoritatibus, tum & sex Caji librorum ad XII. Tabulas ordine inspecto, quorum singulis duæ Tabulæ explicatæ fuerunt.

III. Leges subinde pro usu populi Romani latas, omnes quantum in se collegerunt, earumque catalogos confecerunt Antonius Augustinus, Zasius, Manitius, Hotomannus, Charondas.

IV. SINGULARES ex iis quasdam leges, earumque capita peculiari studio collegerunt, & singularibus commentariis illustrarunt nonnulli, tum Veteres Jurisconsulti, (quorum Index Pandectis Florentinis præmittitur, & in materias digestus a Joann. Pichardo), tum & novi. *Ad legem Vellejam* scripsit Ant. August. *Ad legem Juliam Majestatis*, Contius, ad *leg. Juliam de Adulteriis*, Brisonius: capitibus ejus XXIX. editis, *Legis Voconiæ*, *Falcidiæ*, *Juliæ*, *Papiæ*, *Poppeæ*, *Rhodiæ*, *Aquiliæ* capita collegit: iisque lucem intulit Balduinus, Basileæ in 8. An. D. 1556. Et nos aliquando legem Papiam, ejusque capita distinximus, suoque ordini restituere instituimus. Nonnullarum præterea legum obscuriorum memoriam excitarunt aliquam multi, veluti legis Gliciæ Cujac. 14. *obs.* 14.; Legis Lætoriæ. Idem 19. *obs.* 33.: Legis Cinciæ Ranchinus 2. *variar.* 7., & Burgius lib. 1. *Electorum cap.* 18.

V. SENATUSCONSULTA, de Jure videl. derivato a Tiberii Principatu ad Marci Imp. tempora, collegit Anton. Augustinus, Romæ in 4. Ann. D. 1583. *Orationes Principum* nonnullas, (quas JCti sequebantur) singularibus commentariis illustravit Scipio Gentilis, puta *Orationem Marci de transactione super alimentis*, Hanoviæ in 8. A. D Item *Orationem Ant. Caracallæ de donationibus inter virum, & uxorem*, in 4. Hanoviæ, A. D. 1604.

VI. EDICTUM PERPETUUM, quod Hadriani Imp. auctoritate a Salvio Juliano JCto conditum, atque in titulos digestum, (quodque tertium Jurisprudentiæ Rom. fundum & *Corpus* vocare licet, & vel potissimum deinceps) libris Manualium Eguinarius Baro-

colligere cœperat; verum proposito minus instituto, utpote qui levius ea sæpius Edicta contingat, quæ numquam fuerunt, sed quæ sunt Jurisconsultorum placitis, moribus Romanorum, antiquis legibus, vel etiam novis Principum constitutionibus. Atqui multum interest, hæc non temere misceri, sed probe distingui. Quare ferenda industria Gulielmi Ranchini, qui A. D. 1597. Parisiis in S. Edictum Perpetuum, ejusque reliquias anxie collegit, alienis resecatis, easdemque collectas concinnavit ita quidem ut ipsa Edicti verba uncialibus literis & majusculis excudi recte voluerit, cætera minutioribus. In hoc tantum subsedit ejus industria, quod non ad genuinum, verum ad Justinianæum ordinem capita Edicti disposuerit. Verum quod sibi tum decisse etiam ultro Ranchinus fassus est, novæ aliquando operæ materia aliquando ea nobis futura, genuino videlicet ordine Edicti Perpetui instaurato, seu restituto, quem e Veterum Jurisconsultorum Commentariis Edictum (puta Juliani, Ulpiani, Pauli, Caji, & cætererorum) eruere proclive erit.

CAPUT II.

JURISCONSULTORUM *Veterum ad Jus Pro-Justinianæum reliquiæ.*

I. JURISCONSULTORUM OMNIUM Veterum libros, e quorum scriptis Pandectæ concinnatæ sunt, & sic in lacinias misere per Pandectas distractos, & particulas exinde errabundas, in unum velut corpus rursum compingere, sed per indicem tantum, ope inscriptionibus singulorum capitum, peculiaribus *Indicibus* Jacobus Labittus, Ant. Augustinus; Quo, ceu maximo Juris arcano, relata in unum quasi locum omnia capita ejusdem inscriptionis, Auctoris & libri, singulorum librorum cognitionem, conjectionem, & argumentum Lectoribus exhibent: tum etiam in iis cujusque capitis quasi quædam antecedentia & consequentia, & sic causæ quodam modo legum ipsarum cernuntur. Denique vel hac ratione quadantenus Jurisconsultorum Veterum libris, qui alioquin interciderunt, restituuntur. Unum tamen hoc superest hodie præstandum, ut capita ipsa non per indicem & numero tantum (quod a Labitto, & Augustino factum, sed κατα ὁλα, & verbotenus Lectorum oculis subjiciantur, & ex collatione singulorum capitum singulis libris argumenta præscribantur. Qua ratione & longioris inquisitionis labore Lector deinceps levabitur, & judicium brevissime instruetur.

Huc referenda sit eorum quoque industria, qui singulares e superioribus Jurisconsultos, vel libros singulares commentariis illustrarunt; ut Ant. Augustinus *Modestini librum de excusationibus*: Cujacius *Africanum*, *Papinianum* integrum, *Pauli ad Edictum* libros, *Quæstiones*, *Responsa*, *Juliani Digesta*, & libros ex *Minicio Natali*. Item *ad Ursej Feroris librum de ambiguitatibus*, *ad Responsa Scævolæ*, *Ulpiani*, *Marcelli*, *Neratii*, *Modestini Responsa*, ejusdemque *libros differentiarum*. Budæus *Scævolam*, seu Mutianam Jurisprudentiam: Jacobus, Lectius Macrum, & Modestinum, aliique alia.

Et veterum tamen adhuc Jurisconsultorum fragmenta ipsa extra Pandectas nonnulla ad nos pervenerunt, quorum pretium inopia & fatum cæterorum incendit. Quæ veterum Prudentum fragmenta uno volumine comprehendi utilissimum fuerit: quod & *Petrus Pithœus* ex parte jam præstitit; & plenius adhuc præstare instituerat, una cum Notis.

II. CAJI igitur primum fragmenta hodie nonnulla supersunt, sed Gothorum, seu Aniani manu deformata, & quidem e quatuor Commentariorum, seu Institutionum ejus libris: Quatuor enim scripsisse eum docet Index Pandectarum Florentinarum, & præjudicium insuper institutionum Justinianæarum, quæ Cajanarum exemplo compositæ sunt. Et sane titulum IX. & initium X. ex libro tertio desumpta esse ostendit *lex* 2. *ff. de obl. & action.* Quare deinceps titulus ita mutatur, *Caji Institutionum libri quatuor*; vel potius *excerpta e Caji libris quatuor*; pariter ut Ulpiani fragmenta, Paulique sententiæ, de quibus mox, nonnisi excerpta sunt. Observandum enim est, cum per Gallias, & sub Regibus Visigothorum nominatim, vetus Jurisprudentia Roman. una cum Codice Theodosiano obtineret, Alaricum Regem Gothorum per Anianum in suorum temporum usum nonnulla ex Codice Theodosiano, Gregoriano, Hermogeniano, ex Ulpiano, Cajo, Pauli sententiis excerpi voluisse: Eaque omnia in unum Corpus redacta, quod insequuti deinceps, *Corporis Theodosiani*, vel etiam *Legis Romanæ* appellatione allegare soliti. Hæc Caji fragmenta edidit in Germania Sichardus, & Almaricus Bouchardus in Gallia: Lovanii quoque etiam in 12. 1570. Eadem Hieronymus Alexander Junior edidit cum commentario Venetiis in 4., apud Franc. de Francisc. Ciotti, A. D. 1600. Et alia tamen adhuc fragmenra Caji Institutionum colligi possunt, tum ex pandectis ipsis, tum ex auctore Collationis legum Mosaicarum, Boetio, Prisciano *sub fin. lib.* 6. & Diomede *lib.* 1. Quæ in unum colligi e re fuerit.

III. ULPIANI quoque fragmenta, seu tituli XXIX. ex corpore Ulpiani ab eadem Aniani manu supersunt, quæ Joannes Sichardus, mox Emarus Ranconnetus, & Jac. Tilius Lutetiæ A. D. 1549. ediderunt, & a Cujacio Commentariis illustrata, qui postea quoque in meliorem Codicem, & authenticum exemplar incidit Jacobi Filii; vide eum *lib.* 7. *observ.* 28. in quibus veteris juris stricturæ quamplurimæ supersunt. Quæritur autem, ex quonam Ulpiani libro Tituli illi sint? Neque enim ex Institutionum libris desumpti sunt, ut arguunt eorum librorum fragmenta, quæ per Pandectas sunt sparsa. Verosimile omnino sumptos e libro, seu corpore Regularum, (& ita Cujacius quoque prodidit 13. *obs.* 16. 27. *obs.* 128. 19. *obs.* 3. itemque Petrus Pithœus) ut docet *lex* 17. *de testibus*, quæ totidem verbis repetita extat *tit.* 10. *fragm. Ulpiani* §. 5. Ex quo Ulpiani libro Regularum nonnullos alios locos suppeditat Collatio Mosaicarum, (de quo vide Petrum Pithœum *ad tit.* 2. *Collationis*, *pag.* 133.) itemque Boethius *ad Topica Ciceronis*.

IV. ANNONIMI quoque cujusdam JCti veteris fragmentum superest, unicum, & pluribus tamen sententiis constans: quod quidam Ulpiani ex libro ejus Regg., vel etiam Caji esse volunt, cujus argumentum est, de *Juris speciebus & manumissionibus*, desumptum ex Dositheí Græculi Magistri Hominiis, & Græcæ linguæ exercitationibus, seu Grammatica. Id olim quidem de Latino in Græco translatum: Verum quale hodie extat, de Græco in Latinum transfusum, Claudius Puteanus Senator Parisiensis primus eruit, Cuj. communicavit (ut testis ipse 17. *observ.* 10.) edidit tandem Pet. Pith. *sub finem Collationis legum Mosaicarum* A. D. 1552. in 4. Lutetiæ

V. PAU-

V. PAULI Sententiarum receptarum libri quinque, id est, generaliorum & forensium axiomatum, seu aphorismorum, vel potius excerpta ex iis, ab eadem illa quam dixi, Alarici, seu Aniani manu, ad nos quoque pervenerunt: *Sententiarum* inquam *receptorum libri*, quos ad *Filium* conscripsit, ex quibus alioquin quædam in suas Pandectas Justinianus, quædam, ut dixi, Alaricus seu Anianus in suum illum Romanarum Legum Cod. & Breviarium retulit, interpretationibus aliquammultis subditis. Et hæc excerpta, una cum reliquis Codicis Theodosiani fragmentis, Ulp. & Caji; Codicis Hermogeniani & Gregoriani, in Germania primus in lucem revocavit Joann. Sichardus, sub Ferdinando I. Imper. Basileæ; in Gallia Almaricus Bouchardus, una cum Cajo ad Antoninum Prætensem Galliarum Cancellarium: postea ab Emaro Ranconnetto, Tilio accepta Jacobus Cujacius, A. D. 1557. omnia illa pleniora & emendatiora protulit, (nisi quod Aniani interpretationes rejecit), notisque primus illustravit. Sed & alias sententias postea ex Codice quodam Versuntino idem Cujacius *libro observ.* 21. extulit. Ad ultimum Conradus Ritterhusius, (quod etiam Cujacius aliquando in animum induxerat suum) A. D. 1594. Norimbergæ, in 8. omnes ad unam sententias Pauli, ex illis inquam, excerptis Anianeis fragmentis per Pandectas sparsis, Codice Vesuntino, Auctore Collationis Legum Mosaicarum, Papiniani Responsis, veteri consultatione (de quibus vide Cujacium 7. *observ.* 26.) in unum corpus retulit, seu uno libello comprehendit, & indicem addidit, interpretationes Aniani restituit: Minus veritus, quod Cujac. fecerat, libros, qui in Indice Florentino *Sententiarum sive Factorum* inscribuntur, eosdem cum libris *Sententiarum* facere. Similis huic editio, ejusdemque instituti prodiit sive Avarici, sive Aureliæ in 12. A. D. 1599. ordo tantum alius subinde, & Index alius. Usus harum Pauli Sententiarum potissimus in eo, quod præter ea quæ cum Jure Justinianeo conveniunt, quamplurima iis continentur ex jure veteri ante Justinianum recepto, a Justiniano, vel ante ipsum abrogato, qua mirum quantum lucis innumeris Juris Justinianeis locis adferunt, ut quæ scribit *de Adsertoribus*, *de lege Fusia Caninia*, *de Senatusconsulto Claudiano*, *de Cognitoribus*, *de Crucis supplicio*, *de talis prædii alienatione*, *de fidejussore liberato per electionem rei*, *de fiduciæ*, *furti actionibus quatuor*, *interdictorum uti possidetis & utrubi differentia*, de Regulis nonnullis *circa institutionis & legata*, *legatorum generibus quatuor*, *libertorum differentiis*, *Mancipationibus*, *successionibus ab intestato*, *vicesima hæreditatum*.

VI. MODESTINI quoque Regularum fragmentum unicum, ex libro ejus 3. (vel potius 9. (*sub titulo de bonis libertorum*, *& de Testamentis* sumptum superest, ab eodem P. Pithæo editum *sub finem Collationis legum Mosaicarum*.

VII. STEMMA quoque, seu vetus graduum adgnationis descriptio Jurisconsulti cujusdam Cod. Theodosiano præfixa ab Emaro Raconnetto, accepta *quemadmodum* videlicet *lege hereditates redeant*, incerta est circa A. D. 1560. a Cujac. 3. *observ. ultim.*, quem vide. Inseruit & Institutionibus suis Antonius Contius alterius generis pervetustum Stemma, ex antiquis Græcis Manuscriptis, ex libro 4. Sententiarum Julii Pauli, *tit. de gradibus*. Edidit & Charondas, ex MS. Dionysiano Institutionum aliam descriptionem, seu formam graduum, ad Justiniani, veterumque Jurisconsultorum sententiam. *Vinnius in Instit.*

VIII. CONSULTATIONE quoque veteris Jurisconsulti mediæ ætatis *de Pactis*, cujus nomen incompertum, ab Antonio Oisello acceptam [illegible] Cujac- de qua vide ipsum 7. *observ.* 16. ubi videre [illegible] veterum Jurisconsultorum religionem & formam. Nempe ibi ipsa legum capita, & Auctorum verba, quibus suam suffulcit sententiam auctor ille, verbotenus [illegible]; una cum inscriptionibus ex Codicibus Gregoriano, Hermogeniano, (tanta diligentia, ut etiam variis ex Codicibus varias repræsentet), Theodosiano, sententiis Pauli, libris & titulis adnotatis. In cujus facti caussam inquirit Cujacius *præfatione ad Consultationes suas*: vide & quæ P. Pithœus notat, *notis ad Collationem Legum Mosaicarum*.

IX. NARRATIO quoque Historico-Juridica *de Legum Rhodiarum* apud Romanos confirmatione, (ab Imperatoribus videlicet Tiberio, Vespasiano, Trajano, Hadriano, Antonino, Pertinace, Severo) proculdubio sub ipsomet Severo Imperatore confecta, quæ præfixa est legibus Nauticis, huc pertinet: quam Simon Schardius edidit A. D. 1651. Basileæ in 8., una cum Legibus Nauticis, Georgicis, & Militaribus Justiniani II. de quo vide quæ idem Schardius scribit *in adnotationibus pag.* 271. 272. Postea a Leunclavio vel Marquardo Frehero, ex P. Pithœi exemplari edita accuratius in libro, cui titulum fecit *Jus Græco Romanum* A. 1596. t. 2. p. 265. In ea Narratione Historico Judica intextum est illud ipsum caput, quod ex Lege Rhodia retulerat Volusius Mæcianus, & extat in *ἀξιώσ. π. ad L. Rhod. de jactu*, quam nos peculiari hypomnemate illustravimus.

X. COLLATIO legum Mosaicarum Romanorum, ex integris Papiniani, Pauli, Ulpiani, Caji, Modestini, aliorumque veterum juris Auctorum libris, item ex Codicibus Gregoriano, Hermogeniano, Theodosiano desumpta, & in tit. XVI. distributa, Tilio jam ante visa P. Pithœo Jurisconsulto ex Mandubiorum Bibliotheca edita, & Notis luculentis illustrata, A. D. 1572. Lutetiæ in 4., ad nos pervenit. Quem librum eodem anno 1572. L. Charondas manuscriptum se habere ex Bibliotheca Dionysiana professus est *in dedicatione Corporis sui ad Augustum Senatum Parisiensem*. Hujus collationis, seu pariationis Auctor *Lucinius Rufinus*, a Tilio primum, mox & a Cujacio dicitur: Verum ex conjectura, an ex veteris libri fide, haud satis compertum. Sane non potest esse *Lucinius Rufinus* ille, qui Pauli coætaneus fuit. Verissimum enim est, hanc collationem editam post Codicem Theodosianum, seu post A. D. 438. quandoquidem ex eo Codice quamdam Constitutionem laudat *de impudicis*, & quidem (quod observandum) pleniorem, quam eo Codice, quem hodie habemus, extat, ac proinde ex integro non decurtato Codice Theodosiano. Ex præfatione sane tituli VI. & VII. colligere licet, professione Jurisconsultum non fuisse. Tandem de hoc Auctore vide quæ Pithœus *initio Notarum*, quæ Marqu. Freherus *singulari capite* I. *parerg.* 4. Utilitas hujus libri triplex; 1. quod perspicue repræsentat quid Tribonianus, quid quantum Collegæ in excerpendis, discerpendis veterum Jurisconsultorum scriptis sibi indulserint, 2. quod quamplurima prisci Juris fragmenta, tum ex Veteribus Jurisconsultis, tum ex tribus constitutionum Cod. contineat, quæ alibi nuspiam, vel non ita plene occurrunt. Tandem ostendit: quomodo in titulos veterum Jurisconsultorum libri divisi fuerint spectandus in rem cumprimis *Tit.* XV.

XI. PAPINIANI liber Responsorum Titulis XL. constans, in hunc censum referendus est, ubi ex *lege Romana* (ut ipsemet loquitur) idest, ex tribus Codicibus, Caji Regulis, Pauli sententiis quamplurima referuntur; itemque ex corpore Novellarum Theodosii, Valentiniani, Marciani, Leonis, & Severi: Pithœus Theodosicianum, seu Gotho-Romanum putavit. Sane liquidum fuisse ex aliqua earum nationum, quæ sub Regibus constitutæ Galliis jam insederant, cum & *Nationem suam, & Dominum Regem* memoret *titul.* 3. & 7. Est credibilius, *Burgundionem* fuisse. Nam si quis legem Gundebaldicam conferat, eundem ordinem pene deprehendet, ac pene variare videbit. Hujus porro institutum fuit, intelligibus Romanorum reliquiis *Legem Romanam* proponere: Germanicæ quippe nationes cum Romanas Provincias, & Galliarum nominatim, potestati suæ subjecissent, hanc erga devictos humanitatem exercuere, ut liberum cuique relinquerent, qua lege, ac nominatim Romana, vivere vellent: De quo vide leges Burgundionum *tit.* 6. §. 1. Sal. *tit.* 43. §. 1. Longobard *tit.* 57., & veteres *Formularum Auctores*. In hunc ergo finem Corpus quoddam Juris *lege Romana* apud Gothos Anianus, apud Burgundiones Papinianus confecere.

XII. NOTAS JURIDICAS huc quoque referri oportet, usurpatas in monumentis publicis, Jurisque Civilis libris, in legibus, plebiscitis, actionibus, edicto perpetuo, quæ non ad libros Justinianæos pertinent, verum ad veteres Leges, Plebiscita, Actiones, Edicta perpetua. Juris civilis libros veteres; leges denique Romanas, & Codicem Theodosianum: In quibus videlicet Notæ antiqui juris, seu signa, a Justiniano abolita, explicantur; cujusmodi complures libellos, & in his M. Valerii Probi Grammatici vetustissimi (cujus apud Svetonium, Gellium & Macrobium mentio fit, quique sub Augusto fuit) item Magnonis sub Carolo Magno, Petri Diaconi sub Conrado I. Imperatore, & incerti auctoris vetustissimi, post varias aliorum Editiones, in unum tandem corpus coegit vir doctissimus Fridericus Leinderbrogius, cum Notis nonnullis, editione Lugduno Batava in 8. Ann. Dom. 1559. Solius Probi libellum, ex MSS. auctiorem longe edidit, notisque illustravit Henricus Ernestus Soræ in 4. Ann. Dom. 1674. Ubi tamen moneo, ibi non merum Probum extare, sed multa addita aliis, & posteriore longe manu. His addere licet INNOCENTIUM, ex cujus libris de litteris notis juris, Agrimensorii videlicet, nonnulla hodie extant: *Innocentium* Ammianus Marcellinus sub Constantio Imperatore fuisse memorat: idemque ille videtur, de quo Eunapius agit, cujus edendi consilium Sichardus jam olim ceperat. Tandem e Bibliotheca Palatina a Salmasio erutum edidit Nicolaus Rigaltius inter Auctores Finium regundorum, Lutetiæ in 4. Ann. Dom. 1614.

XIII. VOLUSIUM MÆCIANUM *de asse*, *ejusque distributione* (& in hæredum institutionibus, & in aliis multis, ut ipsemet loquitur, necessaria), neque ab hoc censu alienum putare debemus; quem Sichardus edidit primus Anno Domini 1528. Liber hic quippe (judice Cujac. ad *l.* 21. §. 2. *ff. de annuis legatis.*) Juris studiosis prius addiscendus est, quam Institutiones: quod temere accedant ad Juris disciplinam, quibus non bene nota est distributio assis.

XIV. FINIUM REGUNDORUM Auctores, Augustos nonnullos neque hisc abesse velim: in quibus Siculus Flaccus, (qui sub Domitiano, vel Trajano scripsit, Julius Frontinus, libro de agrorum qualitatibus & controversiis eorum: itemque Aggeni Urbici Commentarius in eundem Frontini librum. Quos Turnebus primum, accuratius postea Nicol. Regaltius edidit, & notis luculentius illustravit, Parisiis in 4. A. D. 1614.

XV. NOTITIA Dignitatum omnium in partibus Orientis & Occidentis, sub Theodosio Juniore conscripta, circa Ann. Dom. 426., (quam & ideo Alciatus *Breviarium Theodosii Jun.* appellavit), unde maximum juri nostro lumen accedit, ad Dignitatum seu Magistratuum, & Officialium notitiam, de quibus agitur primo libro Codicis, & posterioribus tribus: item ad notitiam Juris fiscalis & patrimonialis. Eam Alciatus excerptam primus edidit; secutus Rhenanus, qui totam edidit Basileæ in fol. Tandem a Guidone Pancirolo ex collatione duorum MSS. restituta plenius, notisque illustrata. Audio & Lutetiæ in illustri illa Regiaque Typographia nuper editam.

Hactenus Leges publicæ, veterumque Jurisconsultorum reliquiæ, aliaque monumenta ad Jus antiquum Pro-Justinianæum spectantia.

C A P U T III.

IMPERATORIARUM *Constitutionum Pro-Justinianæorum reliquiæ.*

IMPERATORIÆ Constitutiones ante Justiniani tempora sequuntur.

I. HADRIANI primum Imperatoriæ Sententiæ & Epistolæ, (hoc est, brevia ejus Rescripta) ex lib. 2. Dosithei Magistri, qui veteri Glossario inserta, primum ab Henrico Stephano edita fuerunt, deinde ex Bibliotheca Sancti Galli apud Helvetios, plenius visa a Cujacio 21. *observ.* 5. Sed tantum publice restituta, notisque illustrata a Goldasto, Genevæ in 8.

II. GORDIANI constitutio unica de *nuptiis* contra mandata contractis, & dote caduca, a P. Pithœo accepta, edita a Cujacio 1. *observ.* 11.

III. IV. CODICIS GREGORIANI, & HERMOGENIANI quoque reliquiæ quædam hodie supersunt, a manu, ut dixi, Aniani, seu Gothorum. Quinimmo & B. Augustinus *lib.* 2. *ad Pollentium cap.* 8. cujusdam Constitutionis ex Cod. Gregoriano meminit: Addi possunt & eæ, quæ exinde citantur ab Auctore Collationis Legum Mosaicarum, & Consultationis veteris Auctore, Quinimmo & quæ a Papiniano libro Responsorum. Quorumnam autem Impp. Constitutiones his Cod. comprehensæ fuerint, ostensum jam alibi.

V. CODEX THEODOSIANUS quoque superest, per gradus quosdam, necdum plane tamen, restitutus. Primum enim a Joanne Sichardo Breviarium Codicis Theodosiani, quale ab Aniani manu profectum, editum fuit, ante hos 100. & quod excurrit annos Basileæ, Ann. Dom. 1528. Postea Joan. Tilius libros octo posteriores integros, non jam ab Aniano decurtatos extulit, & postremo tamen libro adhuc mutilo, Parisiis in 8. Ann. Dom. 1594. Eum secutus Cujacius librum sextum, septimum, octavum integros eruit, una cum supplemento libri postremi a Stephano Carpino acceptos, Lutetiæ in fol. Ann. Dom. 1556. Constitutiones de Senatusconsulto Claudiano lib. 6. contulit Cujacianæ editioni Pat. Pithœus. Supersunt itaque adhuc eruendi quinque priores, & initium libri sexti, quorum Brevia-

viarium tantum ab Aniani manu habemus, quæ frustra hactenus a me quæsita sunt.

VI. NOVELLÆ Constitutiones, post Codicem Theodosianum promulgatæ, tum ab ipsomet Theodosio Juniore, tum & a Valentiniano, aliquot primum ex Aniani Breviario a Sichardo editæ: postea xxx. Novellis auctiores, a P. Pithœo e patris Bibliotecha An. Dom. 1571. Marciani quoque & Majorani, itemque Sever. Novellæ ex eodem Breviario a Sichardo editæ. Majoriani Novellas Cujacianæ Editioni Antonius Oisellus contulit: sed una auctiores Pithœus reddidit: a quo etiam tres Anthemii Constitutiones primum erutæ, sicut in universum 34. Novellas Pithœus dederit.

CAPUT IV.

JUSTINIANÆA *Jurisprudentia*, *ejusque variæ Editiones*.

De Justinianæis operibus monuit *Historia Juris Civilis*. De variis tamen eorum Editionibus, & quo progressu paulatim in melius nitidiore cultu restituta ea fuerint, quid singulis editionibus præstitum, moneri expedit. Ut de anterioribus inconditis Editionibus taceam.

I. HALOANDRINA, sive Norica Gregorii Haloandri corporis Justinianæi editio An. Dom. 1531. prima censeri hoc in genere meretur, superioribus omnibus tersior emendatiorque: utpote Pandectas ex collatione Florentinarum manu Politiani olim facta, editis, restitutisque legum inscriptionibus: neque tamen ubique notas Politiani secutus, tum in textu, tum & quoad ἐπιγραφάς.

II. HERVAGIANA Basileensis decennio post Ann. Dom. 1541. secuta, a Joann. Hervagio Typographo Basileensi, Alciati, ut scribit, aliorumque Doctorum opera adjuto: in qua secutus Noricam Haloandri editionem, additis Modestini Legibus Græcis in tractatu *excusat. tutor.* & majoribus literarum formis expressis iis, quæ *materialiter* poni a Grammaticis dicuntur, Legum puta, Edictorum &c. verbis, Græcorum quoque interpretationem præstitit. In Codice supra Haloandrinam Editionem loci non pauci, neque momenti exigui restituti, quos & in Annotationes variarum Lectionum retulit.

III. HUGONIS a PORTA Editiones duæ; & posterior quidem limatior: decennio post Ann. Dom. 1552. insecuta Lugduni; Pandectis ad Archetypum Florentinum attentissime collatis: Inscriptionibus Legum restitutis: Græcis sanctionibus insertis, cum Latina Francisci Hotomanni interpretatione.

IV. FLORENTINARUM Pandectarum mox Editio secuta, Ann. Dom. 1553., de qua in Historia Juris.

V. RUSSARDI Editio Lugdun. primum in fol. 1561. dein Antuerpiæ, apud Plantinum secuta, Ann. Dom. 1567. in 8., ubi Pandectæ ad exemplar Florentinum editæ; notæ additæ ex Clarissimis illius ævi Jurisconsultis: Leges conjunctæ, Summaria Duareni addita: Codex ad XV. Exemplaria collatus.

VI. CODICIS Constitutiones Græco-Latinæ quamplurimæ ab Antonio Augustino editæ Ilerdæ in 8., additis Paratitlis.

VII. CONTII editio in 16. Lugduni, apud Guilielmum Rovilium, Ann. Dom. 1571., ubi Pandectæ ad Isotypum Florentinum totidem apicibus retentis expressæ. Duæ Lucanæ sub *titul. de bonis damnatorum*, & sub *titul. de interdictis, & relegatis*, ope Basilicorum repletæ. Codicis Constitutiones quamplurimas Græcas, earumve epitomas plus quam 150. ex Cujacii thesauro, ex Antonio Augustino, & de suo quoque nonnullas addidit. Græcorum Interpretationes in Pandectis Pisanis, sive Bulgari, sive Burgundionis addidit, summaria ex Bartholo per Ghapusium.

VIII. CHARONDÆ Editio in fol. Antuerpiæ, apud Plantinum Ann. Dom. 1565.

IX. X. XI. Mitto recentiores. Hotomanni, Pacii, postremum omnium Dionysii GOTHOFREDI p. m. editio, jam totius orbis & Augustissimorum Tribunalium consensu recepta est.

NOVELLAS seu Novellarum Justiniani [illegible] primus græce edidit Norimbergæ Gregorius Haloander ex descripto Bononiensi, Ann. Dom. 1531. apud Joannem Petreum; Mox Hervagius Basileensis Typographus, Alciati, ut scribit, aliorumque Doctorum opera adjutus, additis quibusdam, auxit Ann. Dom. 1541. Parisiensis editio tertia insecuta; in qua tamen adhuc multa desiderabantur: Tandem Henricus Scringerus Scotus Ann. Dom. 1558. in fol. apud Henricum Stephanum ex Bessarionis Cardinalis MS. Venetiis Novellarum Editionem accuravit, ordine earum restituto, numeroque aucto, quas quadriennio ante Georgius Tannerus Basileensis dederat excudendas. Et hæc de Græco Novellarum authentico.

LATINÆ. Interpretationes Novellarum tres extant: *Vetus*, cujus auctorem sunt qui Bulgarum, vel Bulgari supparem sub Friderico Barbarossa, Cujacius vero 8. *observ. ultim.* Græcum fuisse censet, qui non multo post editionem Novellarum rogatus Occidenti Latinam interpretationem donaverit. Balduinus Mauritio Imperatore, & Gregorio Magno supparem conjicit. Eruditionem ut aliquam Interpretis videre licet, majorem sane quam vulgo creditur (ut recte probavit idem Cujacius) ita verissimum, impolitiarum & stribsiginis plenum esse, utpote ubi neque verborum constructio sæpe cohæret, neque rerum sensus percipi potest. Quid quod in hac versione multæ Novellæ desunt, quas ex Græcis libris suppleverunt Haloander, & Scrimgerus. Itaque secuta Gregorii Haloandri Interpretatio, quæ Norimbergæ primum prodiit Ann. Dom. 1531., deinde alibi recusa, ut Antuerpiæ in 4. (quam & postea Ludovicus Russardus ex Duareni emendatione recognitam edidit Ann. Dom. 1567.) Tandem successit Henri Agylæi ad Græcum Scrimgeri Exemplar Basileæ per Joann. Gervagium Ann. Dom. 1561. in 4. Et veram tamen Interpretationem maluit adhuc Contius: una cum vetere Haloandrinam Hervagius Ann. 1541., & quidem ex opposito Basileensis in fol. Ann. Dom. 1570. & Charondas Ann. Dom. 1575. in fol. junxit. Illud observandum, aliquot Novellas addidisse Contium, quas in decimam collationem conjecit (cum antea novem tantum essent) quas & olim Jacobus de Belviso collegisse, dicitur, & suo Codici adjecisse, hoc titulo *Extravagantium*. Formas Præfectorum seu tria ἐπαρχικὰ contulit Cujacius. Adeundus de his omnibus Index a Contio concinnatus, quo collationem Editionum instituit.

JULIANI Antecessoris Constantinopolitani liber Novellarum sequitur, circa Ann. 570. confectus; quo is Novellas latine non quidem vertit integras, aut ad verbum, sed in Epitomen contraxit, resecatis prologis & epi-

& epit[illegible]. Liber hic in duos libros distinctus, quorum prior pervenit ad Novellam 63. de Jurisdictione [illegible] Hac Novellarum Epitome sub *Novellarum* appellatione usi etiam Irnerius, Bulgarus, Azo, Joannes Accursius. Primus Nicolaus Boerius eam extulit una cum Legibus Longobardorum, etiam cum Scholiis aliquibus: Deinde Ludovicus Miræus eumdem edidit Lugduni apud Joannem Tornæsium Ann. Dom. 1560. Tertia autem est Gentii, quæ exiit Brugis in 4. 1565. quam Ludovicus Miræus adornavit. Plenior & limatior autem ab Anton. Augustino, Parisiis 1567., una cum Paratitlis sive Scholiis & variis lectionibus. Huic [illegible] Juliani editio Basileæ in fol. apud Petrum Pernam Ann. Dom. 1567. ex fratris Petri Bibliotheca, una cum nonnullis Justiniani & Justini Constitutionibus, addito Glossario sive Interpretatione obscurorum verborum Juliani. De utilitate hujus Epitomes vide Augustini *Præfationem*.

THEOPHILI Institutionum Græca Paraphrasis sequitur, cujus Angelus Politianus jam in Miscellaneis suis meminerat. Eam Vigilius *Zvvichemus* Frisius ex Bessarionis MS. Venetæ Bibliothecæ, quem a Petro Bembo acceperat, ex altero exemplari Florentino, quod a Joann. Baptista Egnatio habuerat, primus edidit sub Carolo V. Ann. Dom. 1533.; Mox accuratius recusam anno proximo 1534. Parisiis; & ann. 1545. Jacobus Curtius latine vertit. Ludovicus Miræus Lugduni edidit ann. 1581 Dionysius Gothofredus p. m. ad formam tripartitorum utiliter edidit in 4. Carolus Annibal Fabrotus Antecessor Aquisextiensis ex tribus MSS. Codicibus Bibliothecæ Regiæ Parisiensis recensuit, supplevit, auxit, Idemque Jac. Curtii latinam interpretationem emendavit & Notas adjecit, Ann. Dom. 1638. [illegible] continentur, partim *bene*, partim *male dicta*: Immo est etiam ubi ab ipso textu recedit. Ut inde colligere liceat, posteriorem Justiniani sæculo fuisse, neque dubium mihi quin ille sit Theophilus, vel Theophanes, qui inter ceteros Basilicorum Interpretes memoratur, circa Ann. Dom. ferme 1000. De harum Institutionum utilitate doctissime præfatus est Viglius. Habet hic Auctor multa, quæ textu Institutionum [illegible] hæc capita, Ordinis continuatio, Protheoriæ seu [illegible] (ut loquuntur) ad faciliorem intellectum, Dictionum obscurarum interpretatio: Veterum [illegible] solemnium explicatio, quorum nulla vel tenuis in Latinis institutionibus mentio; Græca, quæ in Latinis, vel explicata vel integra: Typica vel solemnia Juris veteris verba explicata, exemplis Regulæ illustratæ; Definitiones expensæ, Rationes confirmatæ. Sed & quæstiones quoque varias inter Interpretes exinde decidi posse octo exemplis allatis idem Viglius comprobavit. Ex his jam omnibus statuere licet, Theophilum eo tempore fuisse, quo ceteri Jurisprudentiæ libri adhuc extabant.

JULIANI Antecessoris duas collectiones (circa Annum Domini 570.) ad opera Justiniani relatas extulit quoque P. Pithœus, sub finem Collationis Legum Mosaicarum, quarum una inscribitur *Dictatum de consiliariis*, eaque continetur consilium directum ad [illegible] in officio publico constitutum, forte etiam Assessorem & Consiliarium Judicis, quosnam videlicet Titulos potissimum ex operibus Justinianæis super materiis maxime practicabilibus legere, atque se instruere necesse habeat. Altera collectio est *de tutoribus & curatoribus*, ubi contrarietates quasdam juris distinctionibus propositis solvit. In iis argumentum continetur nonnullarum Constitutionum, quæ in Justiniani Codice hactenus desiderantur.

GEORGICÆ: seu de re Rustica Leges Justiniani 2. (non nostri) ex *libro 6. Harmenopuli*, de quo postea, primo ingenii fœtu a Franc. Balduino, una cum Interpretatione & scholiis editæ Parisiis Anno Domini 1542. in 4. Plenius postea a Simone Sichardio ad exemplar potissimum Anton. Augustini, Basileæ in 8. Anno Domini 1591. una cum legibus MILITARIBUS & NAUTICIS. Annotationibus additis. Tandem inclusæ in Corpore Juris Græco-Romani *tom.* 2. a. Leunclavio, Francofurti Anno Domini 1596. ex Francisci Pithœi Bibliotheca. Observandum autem, in fine legum Nauticarum subjici sententiam DOCIMI, ex libro quodam ejus juridico, quando videlicet *legibus* Rhodiorum locus sit. Militares sane Leges ex *Ruso* desumptæ, e Francisci Pithœi Bibliotheca inclusæ *tom.* 2. *Græco Romani pag.* 249.

CAPUT V.

POST JUSTINIANEÆ *Jurisprudentiæ reliquiæ, seu Jus* GRÆCO-ROMANUM ORIENTALE, *ac primo* NOVELLÆ *Imperatorum post Justinianum*.

NOVELLÆ primum Imperatorum post Justinianum variæ earumque collectiones tenendæ: JUSTINI videlicet II. & TIBERII novellæ nonnullæ extant editæ post Justiniani Novellas. LEONIS item Philosophi Novellas seu Constitutiones CXIII. circa Annos Domini 890. Legum Correctoriæ ἐπανόρθωσιν καὶ καθάρσιν, quibus videlicet Leo quamplurima ex Jure Justinianæo corrigere instituerat: singula capita singulis fere constitutionibus includendo, eaque diligenter rationibus communiendo, quas Agylæus interpretatus est. De quibus Leonis Novellis observandum est, ne quidem Leonis ætate eas satis obtinuisse, exceptis iis, quæ de his Juris capitibus sunt, de quibus nihil aute constitutum erat: hæ quippe receptæ in tritura forensiæ novæ Romæ, veluti *Novell.* 29. 48. 57. 68. 71. 86. 102. 103. 104. quod testantur Græci Interpretes & Pragmatica Michaelis Ducæ & Attaliatæ apud Cujacium 17. *observat.* 31. Item Constantinus Harmenopolis *lib.* 2. *titul* 6. §. 52. *& seqq.* Item Balsamon *ad Nomocanonem Photii titul.* 2. *&* 3. *de precibus*.

VARIORUM deinceps Imper. NOVELLÆ; Heraclii, Constantini V., Basilii Macedonis, Constantini VIII. Romani Lecapeni, Romani IV., Argyropuli, Isaaci Comneni, Alexii Comneni, Joannis Comneni, Emanuelis Comneni, Alexii III. Comneni, Isaac Angeli, Joannis III. Ducæ, qui Sanct. Ludovici temporibus extitit ante 400. annos, variis Editionibus, neque ab uno, erutæ & editæ, puta ab Ehimundo Bonefidio Anno Domini 1573. apud Henricum Stephanum in 8., a Joanne Leunclavio in fine Synopseos Basilicos Basileæ, Anno Domini 1575. 8. in libro cui Titulus Jus Græco Romanum, quem edidit Frecherus Anno Domini 1596. Carolus Labbæus decem auctiores & emendatiores Parisiis in 8. Anno Domini 1606. Quædam recusæ Lugduni Batav. Anno Domini 1617., cum Notis, inter reliqua opera Constantini Porphyrogennetæ.

CAPUT VI.

NOVÆ JURISPRUDENTIÆ *post Justinianum monumenta.*

CUM trecentos circiter annos in Oriente stetisset Juris Justinianæi τὸ πρῶτον incorruptum, in novas formas mutari cœpit.

BASILIUS Macedo cum filiis Constantino a Leone Philosopho interpolandi Juris Justinianæi auspicium fecit, circa Annum Domini 870. Quare Eclogam seu πρόχειρον νόμων Juris Justinianæi, multis detractis, quæ inutilia putaret, titulis LX. comprehendit, de quo Prochiro. V. Cujac. *6. observ. 9.* Extat tomo secundo Græco-Romani a Leunclavio compilati, hoc titulo, *Libro Leonis & Constantini A. A.* Varie enim hic liber inscribitur in MSS. modo sub Basilii Leonis; modo Leonis & Constantini nominibus.

Ab hoc auspicio MANUALIA seu πρόχειρα Juris passim in Oriente conscripta, omnibus ferme causarum Patronis, sive Rhetoribus suum sibi Codicillum & quasi viæ comitem conficientibus, ut docet Paulus Ægineta *in Præfat.* apud. Cujacium *6. observ.* 10.

PARATITLA quoque Juris Justinianæi a Græcis inscripta, id est, supplementa cujusque Tituli ex aliis titulis & locis, in unam consonantiam redactis omnibus Juris Justinianæi partibus. Quorum *Paratitlorum* exemplar Antonius Augustinus habuisse videtur. Libri tres horum Paratitlorum tantum, iique Latini de Græcis facti, quibus materia Ecclesiastica continetur, cum Libris duobus Notatorum & Præfatione, quibus ratio Paratitlorum ostenditur, editi a Joanne Leunclavio Francofurti in 8. MICHAELIS PSELLI synopsis legum ad Michaelem Ducam circa Annum Domini 1065. ex jussu Patris & Imperatoribus versibus jambicis & politicis, 1513. edita, cum versione & Notis a Fr. Bosqueto Narbonensi Jurisconsulto Ann. 1632. Unde Ant. August. quosdam laudaverat Ann. Dom. 1632.

NOMOCANON a Photio Patriarcha Constantinopolitano circa Ann. Dom. 880. conscriptus, qui & *Procanon* dictus, quia is liber Canonibus præponitur. *Nomocanon* autem ideo, quia veluti Breviarium est Juris Canonici Græcorum, collatione videlicet facta imperatoriarum Constitutionum Ecclesiasticarum cum Canonibus Conciliorum, & veterum Patrum Epistolis Canonicis: Hunc Nomocanonem, sive Procanonem Constantinus Porphyrogenneta, idem ille, qui & Basilicorum libros, de quibus mox, repurgavit, ut docent Græci, ad *leg. ultim. Cod. de custod. reor.* apud Cujac. *6. observ. 9.* Ad eum postea Commentarios edidit circa Ann. Dom. 919. ut Nicetas scribit *in Isauco Angelo*, jussu Manuelis Imp. Theodorus Balsamo Antiochenus. Nomocanonem cum Commentario ex Bibliotecha Tilii primus eruit Gentianus Hervetus, & Latinum hactenus de Græco fecit in fol. Ann. Dom. 1561. Successit altera interpretatio Henrici Agylæi. Tandem Græco Latine editus ex Bibliotheca Palatina a Christophoro Justello in 4. Ann. Dom. 1615.

BASILICORUM Libri LX. quod ἑξηκοντα βίβλοι, succedunt, quibus videlicet commixti unam in consonantiam libri omnes Justinianæi, sub eodem Legum ordine, resecatis superfluis, redacti fuere. Id opus a Basilio Macedone primum institutum, teste Cedreno & Leone *Novellar.* 71. Leone VI. Philosophus Basilii Macedonis filius (idem ille, qui & Novellarum auctor) teste Cedreno, Harmenopulo & Balsamone, de quo vide Cujacium *6. observ. 9.* Psello, Michaele Attaliate Blastare circa Annum Domini 880. operaque Sabbathii Protospatharii perfecit. Secutus Constantinus Porphyrogenneta Leonis F., idem ille, qui Nomocanonem repurgavit, is ἀνακαθάρσει, seu nova repetitione repetitaque prælectione circa Annum Domini 910. (vide Cujac. *9. observ.* 10.) id edidit, unde βασιλικῶν auctor a Lutprando assertus. Et nactum id opus varios Interpretes Græcos, qui Commentarios & Glossa in id scripserunt, non minore turba quam Justinianæum Latinos, circa idem ferme tempus, cujusmodi Theodoretus, Dorothæus, Thalclæus Cyrillus, Joannes Stephanus, Enanthiophanon Scriptor: De horum Basilicorum utilitate fidem fecit tribus exemplis prolatis, *doctissima prælatione in Theophilum* Vigiius qui quinque ex his Basilicorum libros habuit, 38. 39. 40. 41. 42. Item Antonius Augustinus, sed Cujacius, & Contius cum maxime. Ex his LX. Basilicorum Libris vix decem cum hæc primum scriberem, supererant, iique Latini: A Gentiano Herveto editi septem, puta 28. 29. 30. 45. 46. 47. 48. Anno Domini 1556. & hi quidem quatuor ultimi integri, priores mutili. A Cujacio Liber LX. suæ Interpretationis Anno Domini 1565. Postremum a V. CL. Carolo Labbæo ex ejusdem Cujacii interpretatione editi sunt liber 38. & 39. Parisiis in fol. Anno Domini 1609., una cum indice titulorum Libri XL. XLI. XLII.

Tandem ex Bibliotecha Regia auspiciis Illustr. Franciæ Cancellarii Petri Seguierii, Græca Basilica cum Interpretatione edidit Fabrotus ante trienniuw ferme, novendecim tamen libris mutila; Ita ut 41. tantum libri extent.

SYNOPSIS seu Ecloga horum Basilicorum quoque confecta; cujus libri auctorem quidem vaticinantur Romanum Juniorem Lecapenum. Ea κατὰ στοιχεῖον, 12. est, secundum ordinem litterarum, & elementorum confecta fuerat, unde Μικρὸν κατὰ στοιχεῖον nuncupatum, quod etiam Budæus viderat; de quo vid. Cujacius 4. *obs.* 10. Eam Tarenti apud Calabros a Sambuco repertam edidit, & evertit Joannes Leunclavius Basileæ in fol. Ann. Domini 1575. Adnotationibus etiam additis, non eo tamen ordine, quo composita fuerat, id est, non κατὰ στοιχεῖον, sed juxta ordinem Basilicotum ipsorum.

ATTALIATÆ Michaelis quoque, Synopsis alia Basilicorum extat, cujus titulus πόνημα νομικὸν ἤτοι πραγματικόν. Michaelis Ducæ Imperat. jussu anno ejus Imperii 3. circa ann. Dom. 1070. conscripta *Tomo secundo Juris Græco-Romani* inclusa Leunclavio, a Fabroto edita.

EUSTATHII Antecessoria libellus περὶ χρονικῶν, διαστημάτων, seu de intervallis temporum, vel ut alii loqui amabant, *de diversis temporalibus præscriptionibus*, a momento usque ad 100. annorum spatium, qui tam ad Justinianæos quam ad Basilicos libros refertur, editus primum a Simeone Schardio Basileæ in 8. ann. Dom. 1561. Mox plenius a Cujacio: Tandem a Leunclavio Tom. II. Juris Græco-Romani.

CONSTANTINI HARMENOPULI Judicis Thessalonicensis πρόχειρον, sive ἐγχειρίδιον circa an. Dom. 1150. post promulgationem Basilicorum, idque non jam operibus Justinianæis adhærens, conscripsit, allegatis Novellis Imperat. usque ad Manuelem Comnenum,

qui

qui imperavit ann. Dom. 1145. Eum extulit primus Sallembergius.

GLOSSÆ veteres Græcæ hoc agmen claudant, quæ docta & concisa brevitate ordine Alphabetico verborum, & vocum secretiorum Juris Romani, quæ in Justinianæis libris, & Basilicis occurrunt, interpretationem continent, seu præstant. Harum Glossarum nonnulla scriptis suis jam inseruerant, Alciatus, Cujacius, Brissonius, Pithœus, Fornerius. Edidit eas ex Regia Bibliotheca, simul & Notis illustravit Carolus Labbæus ann. Dom. 1606. Parisiis in 8. Sed pleniores adhuc eæ extant apud Jacobum Sirmondum.

Et hactenus quidem quæ publici juris facta sunt hunc ad idem veteris Jurisprudentiæ monumenta: & postremum quidem Græciæ inclinantis. Multa alioquin alia extant adhuc in nonnullis Bibliothecis, Vaticana, Parisiensi, inedita ejusdem Græciæ: quorum notitiam confecit Josephus Maria Suaresius Præpositus Avenionensis, mox Episcopus Vasionensis ad Urbanum VIII., pr. m. scripto quodam, quod *Notitiam Basilicorum* inscripsit, quodque Basilicorum editioni nuper additum est.

F I N I S.

I N-

INDEX CAPITUM

HISTORIÆ ET BIBLIOTHECÆ JURIS CIVILIS.

INDEX RUBRICARUM.

SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

LIBER I.

25. *De*

LIBER II.



A R-

ARNOLDI VINNII JC.
IN LIBRUM PRIMUM
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM
COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS
CUM NOTIS AD TEXTUM.

PROOEMIUM,

De Confirmatione Institutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANNICUS, GOTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS; ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ Legum juventuti S.

IMPERATOR) nomine etsi appellarentur omnes exercitus ductores, οἱ στρατηγοί, ἢ τῶν πολέμων ἡγεμόνες, proprie tamen id tribui solebat iis, qui re bene gesta, hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati essent. Post occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen esse cœpit ex SC. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini Imperatores plerique hoc cognomen dimiserant ante Justinianum nostrum, qui illud primus revocavit in usum, primus postliminio veluti renunciatus, ῥωμαίων αὐτοκράτωρ: uti testatur Agathias l. 6. p. 157. Ez. Spanhem. *de usu & præst. num. Tom.* 2. *Diss.* 22. p. 403. HEIN.

CÆSAR) Cognomen familiæ in gente Julia, quod post C. Julium factum est hereditarium Imperatorum. Procedente tempore, eodem nomine appellati, & qui vivo Imperatore designati augustæ majestatis hæredes, *l.* 7. *Cod. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipsum primum Cæsarem ea ratione appellatum testatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur. VINN. Ita quidem Spartianus in *Æl. Ver. c.* 2. contra Aurel. Vict. *cap.* 12. *in Trajano* ab Hadriani demum adoptione divisa esse, ait, Cæsarum & Augusti nomina. Neuter accurate. Omnes Principum liberi dicti sunt Cæsares, jam a Neronis temporibus. Domitianus, statim interfecto Vitellio, hoc tamen obtinuit, Tacit. *Hist. Lib.* 3. c. 86. Hinc nummi Titi & Domitiani Cæsarum apud Spanhem. *Tom.* 2. *pag.* 351. Ita & Trajanus Cæsar consalutatus statim post adoptionem. Conf. Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. & 97. Postea destinati imperio Candidati dicti sunt, *nobilissimi Cæsares*, quod nomen in nummis Philippi junioris primum occurrit; at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. p. CLI. vid. Ez. Spanh. *de usu & præstant. num. Diss.* 12. §. 1. *p.* 457. & *seq.* HEIN.

FLAVIUS) A Vespasiano Imperatore hoc nomen manavit, quem e Flavia gente nova & ignobili fluxisse, Suetonius auctor est.

JUSTINIANUS) Nomen hoc Imperatoris nostri proprium fuit; idque etiam habuit ante adoptionem: ex quo apparet, non esse productum a nomine Justini avunculi & patris adoptivi; ut quidam putant.

ALEMANNICUS: GOTHICUS, &c.) Agnomina a devictis, aut bello lacessitis gentibus ducta: Seneca *l.* 1. *de Clem.* 14. scribit, assentantem populum ambitiosæ majestati tribuisse, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adscribendi jam pridem ante Justinianum servarant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemptum adspernatus est uterque Vespasianus. Cæterum hæ gentes omnes notæ non sunt præter *Anticam*. Et sic plerisque interpretibus aqua hæsit. Verum non *Anticum*, sed *Ponticum* legendum esse, recte monuit ὁ πάνυ, Spanhem. *ibid. Diss.* 12. §. 14. *pag.* 504. *Tom.* 2. *Lazos* enim *Abasgos & Thezanos* ad Pontum Euxinum subegerat. Unde & alibi dicitur *Lezicus* Nov. 43. HEIN.

FRANCICUS) Theodibertum Francorum regem gravissime tulisse refert Agathias, quod Justinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum sibi sumpsisset, Postea etiam Gepidicum & Longobardicum se dixit, quod eas quoque gentes irritavit, *Cujac. & Grot. ex Agathia*.

PIUS) Prius hoc cognomen obtinuit Antoninus Hadriani successor, Capitol. *in Anton. c.* 2. Inde ad alios descendit, Justin. *Nov.* 78. *c.* 5. Ἀντωνῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος, ἐξ ἐκείνου καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας ταύτης ἀ-

[illegible]. VINN. Conferendus omnino Ezech. Spanhem. *Diss.* 12. §. 6. p. 434. [illegible] 2. *T.* 2. HEIN.

FELIX) Usurpavit hoc cognomen Commodus, ut historiæ testantur, quem plerique successores imitati appellationem hanc Justiniano tradiderunt. VINN. Ast hujus cognominis, jam suo tempore Imperatoribus dati, meminit Seneca, *lib.* 1. *de Clem. cap.* 14. HEIN.

TRIUMPHATOR) Triumphasse legitur de Persis & Vandalis. Varro l. 5. *de ling.* scribit triumphare sic appellatum esse, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per urbem in Capitolium eunti, Io, triumphe, io.*

AUGUSTUS) Nomen hoc primum Octavio a Senatu tributum: ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid consecratur, augusta nominantur. Suet. *in August. c.* 7. Alii ab augendo Imperio dictum putant: unde illud hodieque *Zu allen Zeiten Mehrer des Reichs*. Wesemb. VINN. Eodem sensu Manasses in *Pollux*, [illegible], inquit, [illegible] Cicero in *Verr.* [illegible] [illegible], redditur *semper adcrementus*. HEIN.

Ut Plato legislationis tres vult esse partes, Prooemium, Legem, & Sanctionem, ita hujus Constitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Prooemium, quo suum legislationis studium commendat, usque ad §. 3. II. Legislatio, usque ad §. pen. III. Sanctio. *Wesemb. hic.*

De usu Armorum & Legum.

I*Mperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus & bellorum & pacis recte possit gubernari: & Princeps Romanus non solum in hostilibus præliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator* (*magnificus.*)

A*Rmis decoratam*) Imperator utramque Reipub. tempus sine armorum ac legum præsidio recte administrare non potest: in quam sententiam præclara quædam hic adspersa ab *Hotom.* & *Grot. ex Arist. Plat. Liban.*

Legibus armatam) Munitam & instructam M. Tullius *lib.* 1. *de Offic.* scribit, Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinæ debere, quam aut Pausaniæ, aut Lysandri rebus gestis, *Parva enim*, inquit, *c.* 22. *sunt foris arma, nisi sit consilium domi*, [illegible]. Est autem hic [illegible], tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. [illegible] pro verbo reddidit, [illegible], [illegible].

Victor existat) Sensus est apertus, Imperatorem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriolam sibi victoriam comparare.

Legitimos tramites) Ea ratione, quam leges præscribunt. Theophilus convertit, [illegible], legitimis inventis. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coercendis, victoris nomen [illegible].

Calumniantium) Pars pro toto, improbitas, quæ in [illegible], [illegible] proprie verbum calumniandi [illegible], pro omni, quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. Ut Carneadi respondeam, qui sæpe optimas causas ingenii calumnia ludificari solet.*

Juris religiosissimus) Juris ad summam religionem observantissimus. Dion. Halicarn. *lib.* 5. [illegible].

Magnificus) Abest hæc vox a veteribus libri testibus Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoscit.

De bellis & legibus Justiniani.

1. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt, & tam Africa, quam aliæ innumeræ provinciæ post tanta temporum spatia, nostris victoriis a cælesti Numine præstitis, iterum ditioni Romanæ nostroque additæ Imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.*

1. *Utramque viam*) Justinianus & gloriam sibi peperit victis hostibus, & juris æquabilitatem inter circa, suos retinuit.

Barbaricæ gentes) Significat Persas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gothos in Italia & Sicilia.

Redactæ) Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ) Vet. *numerosa*, id est, multæ, sic enim locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii Scriptores [illegible], Theoph. tamen [illegible].

Post tanta temporum spatia) Post annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* Adstipulatur Procop.

Ditioni Romanæ) Postquam sedes imperii Constantinopolim, quæ antea Byzantium, postea etiam nova Roma, translata fuit, Imperium Romanum a Constantino & Gallieno in duas partes divisum, orientalem & occidentalem, & utrique parti suæ provinciæ attributæ. VINN. Non a Gallieno, sed a Galerio: nec in duas, sed in tres partes. Galerius enim Orientem, Constantinus Transalpinas Provincias, Maxentius Italiam accepit. Eutrop. *lib.* 10. cap. 1. HEIN.

Promulgatis) Promulgatas suas, compositas alienas intelligit, id est, ex veteri jure in unum collectas & dispositas.

De Compositionè Codicis & Paudectarum.

2. *Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas in leculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentiæ volumina & opus desperatum quasi per medium profundum euntes, cælesti favore jam adimplevimus.*

2. *In Luculentam ereximus consonantiam*) Intelligit Codicem priorem, quem altero Imperii sui anno componi jussit 528. & anno insequenti edidit. In hunc, Principum Constitutiones vage per tres Codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum, dispersas collegit, *const. de nov. Cod. fac. & de Just. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Post idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additus 50. decisionibus, quo hodie utimur. VINN. Prior ille Codex promulgatus VII. Id. April. anni DXXIX. dictus est Justinianæus. *Nov.* 66. *c.* 1. §. 1. Paul. Diac. *Lib.* 1. *cap.* 25. Posterior, quo hodie utimur, dicitur Codex repetitæ prælectionis, *Const. de codic. emend.* §. 3. publicatus. XVI. Kal. Dec. anni DXXXIV. HEIN.

Ad immensa veterum volumina) Quarto Imperii anno, Lampadio & Oreste Conss. 530. Pandectas componi jussit, edidítque & confirmavit anno Imperii sexto, ipso III. Coss. eodemque anno compositæ Institutiones & promulgatæ uno mense ante Pandectas: ut Pandectæ compositione priores sint Institutionibus, confirmatione posteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipso IV. & Paulino Conss. 534. Hæc perspicua sunt ex constitutionibus ad juris compositionem pertinentibus. Novellarum liber diem non habet.

Immensa volumina) Innumera veterum scripta, quæ in bis mille libros & aliquot centena millia versuum excreverant, *l. omnem*, §. 2. *de concept. Dig.*

Per medium profundum) Per medias difficultates Liv. 3. cap. 1. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem ac velut profundum inveh*i.

De temporibus, auctoritatibus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hoc, Deo propitio, peractum est, Triboniano Viro magnifico, Magistro, & Exquæstore sacri palatii nostri, & Exconsule; nec non Theophilo & Dorotheo, Viris illustribus & antecessoribus, (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras jussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus,) convocatis mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ab imperiali splendore appetere, & tam aures, quam animi vestri nihil inutile, nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum obtinet argumentis, accipiant. Et quod priore tempore vix post quadriennium prioribus contingebat, ut tunc constitutiones Imperatorias legerent, hoc vos a primordio ingrediamini, digni tanto honore, tantaque reperti felicitate, ut & initium vobis & finis legum eruditionis a voce principali procedant.*

3. *Magistro*) Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulæ & palatii. Gallis *Prevost. de l' Hostel.* Cujac. *in lit.* 3. *C. de præpos. sacr. cubic. lib.* 12. VINN. Immo non tam aulæ, quam consistorio Principis præerat, dictus ideo gubernare officia palatina, *L.* 2. *Cod. Theod. de Judæis.* Hinc in comitatu Principis erat, ad eumque referebat ex libellis Magistratuum, vid. Gothofr. *Notit. dignitat. ad Cod. Theod. pag.* 326. *Tom.* 6. HEIN.

Exquæstore) Quæstor ætate Justiniani is erat, quem nostra ætas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est ad quem cura legum & juris pertinent. Custos legum & tamæ publicæ appellatur in *Nov.* Valentiniani *de homic. cas. fact.* & a Cassiod. aliquot locis. Exquæstores & Exconsules a Justiniano dicuntur, qui a Latinis, Quæstorii & Consulares. VINN. Vid. omnino Cassiod. *Var.* 12. *v.* 14. HEIN.

Antecessoribus) Juris Interpretibus, ac Doctoribus [Greek], ut pass. in *præf. Pand.* [Greek] *l.* 6. §. 12. *ff. de excusat. tut.* Qui forum sequebatur, Togati; qui scholas, Antecessores, & Professores dicebantur.

Prima legum canabula) Prima legum fundamenta, [Greek], seu elementa, primam legum audientiam appellat in *l. un C. de nud. jur. quirit. tollend.*

Antiquis fabulis) Jus antiquum & obsoletum intelligit, quo referti erant veterum Jurisconsult. libri.

Rerum obtineat argumentis Huc pertinet illud Aristippi apud Laertium, qui percontanti cuidam, quæ potissimum ad [illegible] essent discenda, respondit, quæ viris usui futura sunt.

Post quadriennium) Theophil. [Greek]. Sed aut errat ipse, aut corrupti Codices, ut patet ex præfat. ad antecess. Fabrot. *in not. ad Theoph.*

Digni tanto honore, tantaque reperti felicitate. Digni reperti tanto honore, tantaque felicitate. Theop. [Greek], dignati & assecuti.

Divisio Institutionum.

5. *Igitur post libros quinquaginta Digestorum, seu Pandectarum, in quibus omne jus antiquum collectum est, quod per eundem virum excelsum Tribonianum, nec non cæteros viros illustres & facundissimos, confecimus; in quatuor libros easdem Institutiones partiri jussimus, ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa.*

4. *Pandectarum*) Pandectæ [Greek], quod omnis generis leges complectantur. Harmenopol. *l.* 1. *tit.* 1. §. 6. VINN. Eamdem vocabuli rationem ipse Justinianus reddit, *quod omnes disputationes & decisiones in se habeant legitimas, & quod undique fuit collectum, hoc in sinus suos receperint*, *l.* 1. §. 12. *Cod. de vet. Jur. Enucl.* Sed non Justinianus hujus tituli auctor. Pandectas enim & digesta jam scripserant Ulpianus, Modestinus, immo & Sabinus, Julianus, Alfenus Varus, Celsus, Marcellus, & alii. HEIN.

Collectum est Libri veteres, teste Hotom. *collatum est.* Et ita Theoph. [Greek].

Cæteros) Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum, tredecim aliis usus est Justinianus, quos enumerat & nominat *in præfat. Digest.*

In quatuor libros) Apud Theophil. abundant verba, [Greek]. Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur?

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtineat: & quod postea desuetudine inumbratum, Imperiali remedio illuminatum est.*

5. *Desuetudine*) Theophil. [Greek], quasi dicat insuetudine. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exhæredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum possessionum, satisdationum, &c.

Illuminatum est) Theoph. [Greek]. Intelligit autem & desuetorum quorumdam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem, vel abolitionem.

Ex quibus Libris compositæ sint institutiones? atque earum recognitio, & confirmatio.

6. *Quas ex omnibus antiquorum institutionibus, & præcipue ex Commentariis Caji nostri, tam institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas, cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerunt, & legimus, & recognovimus, & plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accommodavimus.*

6. *Præcipue ex commentariis Caji*) Hoc ita esse vel ex reliquiis scriptorum Caji, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet; sæpius enim hujus unius, quam cæterorum omnium verba in his libris proferuntur.

No-

Noſtri) Benevolentiæ ſignificatio, ac ſic plerumque prædeceſſoris qui noſtræ fuerunt profeſſionis, appellatur. *Scævola noſter* apud Paulum & Triphoninum ſæpe apud Pomponium *Gaius* [illegible] *lex. pen. ff. de ſtip. ſerv.* Florentini ſub Hadriano & Marco *l. 7. ff. reb. de dupl. l. pen. ff. ad Sc. Tertul.*

Recognovimus) id eſt, corrigendi cauſa diligenter & attente legimus. Cic. pro *Balb. c. 5. Nos Cn. Pompeii judicium de* [illegible] *pronunciatam recognoſcemus,*

Conſtitutionum [illegible] *eis accommodavimus*) His verbis indicatur Inſtitutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophil. [illegible] ἐκδέωσα κὰ ἐπ[illegible].

Adhoratio ad ſtudium juris.

7. *Summa itaque ope, & alacri ſtudio has leges noſtras accipite: & vosmet ipſos ſic eruditos oſtendite, ut ſpes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto poſſe etiam noſtram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari; D. CP. XI. Kalend. Dec. D. JUSTINIANO PP. A. III. COS.*

7. *Summa ope & alacri ſtudio*) Epilogus exhortatorius, ut in [illegible] uſitatum, a ſpe, & expectatione præmiorum, Cic. *de orat. cap. 8. Pergite, ut facitis adoleſcentes, atque in id ſtudium, in quo eſtis, incumbite, ut vobis honori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento eſſe poſſitis.*

D. CP. XI. Kal. DECEMB.) Id eſt, *Dato Conſtantinopoli XI. Kalendis, Domino Juſtiniano perpetuo Auguſto tertium Conſule.* In quibuſdam libris, PP. quaſi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis conſuetudo repudiat. Hotom VINN. Quamvis ex hac ſubſcriptione pateat, Inſtitutiones prius, quam Pandectas confirmatas, auctoritas tamen utriusque libri ab eodem die 3. Kal. Jan. dependet, *l. 2. §. penult. Cod. de Vet. Jur. enuc.* Unde non ſemper Pandectæ derogant inſtitutionibus: ſed obſervandæ ſunt regulæ B. Huber. *in præl. ad h. l. §. 10.* HEIN.

TITULUS PRIMUS.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. 1. Tit. 1. Dig.

1. *Partitio & ſeries totius operis.*
2. *Juſtitiæ vulgata diſtributio explicata.*
3. *Etiam univerſalem juſtitiam diſciplina civili propoſitam.*
4. *Utrum juſtitiæ in univerſalem & particularem diſtributio neceſſaria? ſceptice.*
5. *Varia juris ſignificata, & qua in ſignificatione hoc verbum hic accipiatur?*
6. *Summa eorum, quæ hoc titulo traduntur.*

(1) DUO hæc in omni jure conſtituto inſunt: jus ipſum ſeu lex, quæ jubet & conſtituit; tum res, quæ eo jure jubetur conſtituiturque: ac proinde univerſi juris tractatio duabus partibus continetur; quarum una eſt de jure conſtituente, ſive de legibus quæ naturalibus, quæ civilibus, altera de jure conſtituto, ſive de eo, quod legibus ſancitum cautumque eſt. Et quæ prima natura quæſtio eſt de jure conſtituente: de eo etiam primo loco veteres tractaverunt: quod non modo in his Inſtitutionum libris, ſed etiam in Pandectis animadvertere licet. Nam prima quæſtio ponitur atque abſolvitur quatuor titulis in veſtibulo ſive ingreſſu Pandectarum: reliquo opere agitur de jure conſtituto. Idem & in Inſtitutionibus noſtris obſervatum eſt, ſiquidem duo priores tituli hujus libri primam quæſtionem continent: reliqua parte operis altera quæſtio, quæ multo latius patet, tractatur, atque ὀγδόῳ ἐπιμελῶς abſolvitur, initio facto a diſtretione materiæ ſive ſubjecti hujus ſcientiæ; quæ diviſio in hac quæſtione omnium prima eſt generaliſſima. 3. Inſcribitur hic titulus *de juſtitia & jure*. Ariſtoteli & plerisque moralis Philoſophiæ profeſſoribus juſtitia duplex eſt univerſalis, & particularis. Ad univerſalem pertinet tritum illud Poetæ gnomologi.

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ᾽ ἀρετή ἐστι.

(2) Comprehendit ſcilicet in ſe hæc juſtitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen cum reſpectu quatenus nimirum illa neceſſaria ſunt, aut conducunt ad perfectionem & conſervationem civilis ſocietatis, ut ne quid admittatur contra rationem aut honeſtatem, quod non admitti vel publice vel privatim intereſt. Hæc eadem juſtitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late pateat quam ipſæ leges, quæ etiam ſunt regula & norma hujus juſtitiæ; unde a Cic. *lib. 1. de legib. c. 15.* definitur: *Obtemperatio ſcriptis legibus & inſtitutis populorum*: ab Ariſtotele *lib. 5. Eth. 1. Obedientia erga omnes leges*. In ſumma hæc juſtitia a virtute in genere non differt eſſentia, ſed habitu tantum, quod quando conſideratur ut habitus animi, dicatur virtus ſimpliciter; quando ut civilis ſocietatis conſervatrix, juſtitia, auctore Michaele Epheſino ad *d. loc.* Ariſt. Vitium huic legali juſtitiæ oppoſitum dicitur, παρανομία. Particularis juſtitiæ duas ſpecies conſtituunt, quarum alteram διανεμητικὴν Ariſtoteles vocat, id eſt, *diſtributivam*; alteram συναλλακτικὴν id eſt, *commutativam*. Diſtributiva reſpicit ἀξίαν quod quisque meretur. quod cuique convenit, ſive id præmium ſit, ſive pœna, ſive honor, ſive onus. Commutativa ſuum cujusque proprie ſumptum ſpectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ a Philoſopho appellatur, nam ut poſſeſſor rei meæ eam mihi reddat, non eſt ἐπανόρθωμα μέρους, & tamen ad eamdem hanc juſtitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non eſt quod plerique tradiderunt, a juſtitia commutativa reſpici proportionem ſimplicem, quam arithmeticam vocant, a diſtributiva comparatam, quam appellant geometricam, quæ mathematici & revera ſola proportio eſt; neque enim per ſe juſtitia commutativa a diſtributiva differt tali proportionum uſu, ſed objecto & materia circa quam verſatur. Nam & contractus ſocietatis expletur proportione comparata, & ſic unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum, non alia quam ſimplici commentione attributio fit: & contra, ſi quis de ſuo legare velit, diſtributiva juſtitia uti ſolet, & merita conſiderare, *l. 9. ff. pro ſoc.* Sed & in delictis coercendis pœnarumque irrogatione modo arithmetica, modo geometrica proportio ſervatur: quod tamen totum eſt juſtitiæ diſtributricis. D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. cap. 1. n. 8.* Vitium peculiari juſtitiæ oppoſitum ἀδικία dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuriæ* fere exprimunt. (3) Diſciplina civilis non dirigit internas animi functiones, ſed potiſſime verſatur circa juſtitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non poteſt, quin interim quoque ſpectet juſtitiam univerſalem, quæ omnium virtutum officia complectitur.

Docet

Docet enim juste videndum esse secundum omnes leges; ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant, ut juste vivatur, & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus & legumlatoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legib.* etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam legislatoris in sanciendis; totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: rogum ascia ne polito, mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habente*, & similia lege duodecim Tab. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* diserte ait: *justitiam illam quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ. Temperare mihi non possum, quin illud hic subjungam, esse qui vulgatam illam justitiæ distinctionem negant esse necessariam: ( ) & simplicius esse contendunt, si unum tantum justitiæ genus esse dicamus. Quod si verum est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita disserunt, Ut singularum virtutum omnium, ita & justitiæ unum genus esse, ἀπερατικὴν πάσης ἀδικίας, ἢ ἀδικίας, sicut ex contrario nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantum, sive τὸ ἄδικος dicas, sive παράνομον utrumque enim omnem comprehendere injustitiam, etiam ipsum Aristotelem docere: neque παρανομίαν & πλεονεξίαν genera esse opposita, sed hanc illius speciem, hoc item & Aristotelem fateri. Ad hæc non simpliciter verum esse, quod reliqua injustitiæ genera non tantum pugnent cum justitia, verum etiam cum alia virtute: πλεονεξία autem cum sola justitia: quo maxime argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Posse quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere: cæterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directo pugnare, sed cum justitia dumtaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce: Qui adulterium committit, eum & injustum esse, quod alienum violat torum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare torum alienum, quod est injustitiæ, non pugnare cum temperantia (quid enim, si quis quæstus sui causa id fecerit?) nec explere libidinem cum justitia non magis, quam si quis libidinis explendæ causa cum scorto congressus sit. Denique ex hoc etiam exemplo patere, posse & πλεονεξίαν eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterum & πλεονέκτην esse sive injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri posse, quæ cum sint, ἄνομα & in speciem πλεονεξίας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent, quam cum justitia. Nam si quis e decem, quos habebat, sex servos testamento manumiserit: aut si minor viginti annis servum manumiserit, non dicta apud Concilium causa; utrumque injuste facere, illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam, neutrum tamen injurium esse, neutrum ignavo aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit: si fundum dotalem cum sensus uxoris alienaverit aut obligaverit: si fœmina intercesserit: si filiofam. pecunia mutuo data sit: si frater sororem adoptivam uxorem duxerit; hasce actiones omnes & similes injustas esse, & legibus aut senatusconsultis improbari; nec tamen qui istas faciunt, injurios dici posse, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in præsentia definio. (5) Juris vocabulum πολύσημον est: propria significatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur naturæ, aut Populi, ejusve, qui vicem populi sustinet, jussum. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod a jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod Veteres, auctore Festo, jura dixerunt *jussa*. In hac autem significatione passim usurpatur, veluti cum dicimus, Jure quid fieri; Juris rationem non pati; Contra jus esse; sic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Cæteræ significationes minus propriæ, ut primo cum jus accipitur pro eo, quod jure continetur, & cuique tribuitur. Idque vel generatim, & indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: Jus suum cuique tribuere. Neque mortalium jus suum detrahi oportere, eodemque modo haud dubie accipi debet, cum dicimus, Jura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ adoptioni jure tributis. Vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi jus adjungitur; ut in definitionibus itineris, actus, viæ, ususfructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continens pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eamdem figuram converso modo, ut in *l. pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus: *In jus vocare: in jure confessos pro judicatis haberi*: in quo idem ferre tropus est, μετωνυμία adjuncti pro subjecto; *leg. pen. eod.* Quod si nunc quæratur: Qua in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriane, an figurata, constanter respondebimus; in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc & in seq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in π° eodem traduntur: ut mirum sit inveniri qui serio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. (6) Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc est, Primum traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tyronibus hæc disciplina proponenda sit, judicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituente, inchoatur, traduntque juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

T E X T U S.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

N O T Æ.

Auctor hujus definitionis est Ulpian. *leg.* 10. *ff. hoc titul.*

Voluntas) Metonym. pro habitu voluntatis sive ἕξει, ἣ ἀφ' ἧς βουλόμεθα τὰ δίκαια, ut Paraphrast. ad 5. *Nic. c.* 1.

Jus suum cuique) Objectum justitiæ est jus cujusque suum: finis, ut id quisque obtineat, id est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Athanas. in syn. 8. ἀποδιδόναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον.

Plato l. de Rep. [illegible] finem exprimit his verbis, τὰ [illegible].

Tribuens) [illegible], Theophil. [illegible] Cic. 5. *de fin.* c. 23. *Affectio animi suum cuique tribuens*, quæ [illegible]. Et ita etiam a [illegible], *Cic.* 1. *de off.* c. 4. [illegible] *cap.* 32. *seq.*

COMMENTARIUS.

VOluntas) [illegible] voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi [illegible], ac proinde qualitatem adventitiam. [illegible], dicat aliquis, genus. Si respondemus, genus [illegible] metonymicum, effectumque pro causa positum, voluntatem scilicet pro habitu, qui eam efficit; tum contra [illegible] Philosophiam [illegible] rationem videbimur qualitatem acquisitam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verum observandum est, non simpliciter pro genere voluntatem poni, seu [illegible] voluntatem constantem & perpetuam. [illegible] volumus, a natura est, ut constanter, [illegible] habitu. Potentia naturalis quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est: quatenus autem ipsa ponitur ac perficitur, ab habitu effectum.

Constans & perpetua) [illegible], quæ verba justitiæ [illegible] demum esse indicant, qui perpetuo & constanter [illegible], atque ut Aristoteles loquitur [illegible] 2. *Eth.* 4. Ne quis autem [illegible], quod justitia definiatur per ejusmodi habitum, cujus homo non sit capax; res definiri [illegible] subjecti, sed qualis est essentia [illegible] felicitas, a Platone Respublica, a Xenophonte Princeps, a Cicerone & Quintiliano Orator describitur. Eodem modo & justitia hic definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed prout [illegible] justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto. VINN. Hæc definitio Stoam [illegible], quam pleraque Jurisconsultorum scripta. Omnis autem virtus, [illegible] & Justitia Stoicis in constanti & perpetua voluntate posita videbatur. Cic. [illegible] 2. 1. *Sen. Epist.* 66. [illegible]. HEIN.

Jus suum cuique tribuendi) [illegible]. Quod [illegible], habitus definiendi assumpto [illegible], id etiam in hac definitione [illegible]. Objectum justitiæ est jus cuique suum: [illegible], id quisque [illegible], hoc est, ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur pœna. Atque [illegible] Plato exprimit his verbis, [illegible]. 1. *de rep.* Auctor [illegible] est Ulpian. *l. Justitia.* 10. *hoc* [illegible] plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi, per quem ita affecti sumus, ut suum cuique quantum in nobis est, tribuamus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

Jurisprudentia) [illegible] scientia & ars juris, & intelligentia, & [illegible]. His enim nominibus [illegible] qui populariter loquuntur.

Divinarum atque humanarum rerum) [illegible] Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de jure earum quæritur, quem modum indicant verba sequentia, *justi atque injusti* M. W.

Scientia) Jurisprudentia est habitus intellectus: Justitia ut virtus moralis est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani est *d. l.* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

COMMENTARIUM.

JUrisprudentia) Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic prudentia appellatur; hisce enim nominibus promiscue utuntur non Jurisconsulti tantum, sed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur: At enim cum hæc disciplina sit habitus practicus: (est enim sine controversia pars Philosophiæ practicæ) si stricte loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristot. 9. *Eth.* 3. accommodare; solum nomen prudentiæ huic disciplinæ tum conveniet.

Divinarum atque humanarum rerum notitia) Hæc item descriptio Ulpianum auctorem habet *l. justitia* 10. §. 2. *ff. hoc tit.* Genus in hac descriptione est notitia aut scientia; idem enim hæc duo significant. Differentia petitur a subjecto ejusque considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ; modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur, scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas, quæ divini, quæque humani juris sunt: quæ in commerciis atque extra commercia: quæritur in rebus humanis, quæ publicæ, quæ privatæ, & in his earum acquisitio, conservatio, alienatio, & id genus alia, quorum omnium tractatio ad Jurisconsultum pertinet. Hunc vero considerandi modum sequentia definitionis verba indicant, *justi atque injusti scientia*: nempe hactenus res divinas humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea, cum de jure harum rerum quæritur, quid justum aut injustum sit, doceat. Quod si cui hæc explicatio subtilior videtur: ecce aliam magis popularem. Certum est, disciplinam civilem non tantum in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari. publici autem juris cum pars sit divinum, *l.* 1. §. 2. *ff. hoc. tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc est, divini & humani juris notitia dicitur. Justi, atque injusti, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sane veteres juris Interpretes etiam sacris cæremoniisque Deorum præfuisse testis est historia. A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissime & brevissime describitur. *Ars æqui & boni d. l.* 1. *in pr.* Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque æquum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sui expetentibus. VINN. Hæc quoque definitio Stoica est. Stoicis enim ita describere solebant Philosophiam, Sen. *Epist.* 89. Quum vero inter Jurisconsultos & Philosophos [illegible] esset æmulatio, Merill. *Observ.* 1. [illegible] & illi sibi veræ & non simulatæ Philosophiæ studium tribuere solerent. *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.* non dubitarunt definitionem Philosophiæ jurisprudentiæ tribuere, addita tamen differentia specifica: *justi atque injusti scientia*. HEIN.

T E X T U S.

De juris methodo.

2. His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi, ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur: alioqui si statim ab initio rudem adhuc & infirmum animum studiosi multitudine ac veritate rerum oneraverimus, duorum alterum; aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpe etiam cum diffidentia (quæ plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia maturius perduci potuisset.

N O T Æ.

Generaliter. Cursum, obiter, summatim, ἐν παρέργῳ.

Levi ac simplici via) Τυπωδῶς, crassa ac pingui Minerva. Præclare Aristot. Δεῖ γὰρ, inquit, ὑποτυπῶσαι πρῶτον, εἶθ' ὕστερον ἀναγράφειν, *Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus*. Nec minus scite Quintil. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut Vascula*, inquit, *oris angusti superfusam humoris copiam respuunt, sensim autem influentibus complentur, sic animi puerorum*.

Diligentissima atque exactissima) Hoc ad summam scientiæ est necessarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

Duorum alterum) Δυοῖν θάτερον Quintilian. *Præm. lib.* 8. *incipientibus brevius & simplicius tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosæ atque perplexæ deterreri solent: aut eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atteruntur*.

Cum diffidentia) Cic. *in orat. cap.* 1. *Vereor, ne tandem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id nolunt, quod assequi se posse diffidant*.

C O M M E N T A R I U S,

QUod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur: id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primo enim τυπωδῶς crasse & simpliciter, postea ἀκριβέστερον, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiæ est necessarium.

Duorum alterum) Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est: Ne difficultate initio proposita deterreantur animi adolescentum; voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniat; ad quam aut serius aut nunquam pervenirent (certe non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo præcipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur; ut disputat Fabius in *præm. lib.* 8. *Instit. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Cæterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt; iis nihil prohibet eumdem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato sale deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est, uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes & opipare provectos nitide omnes excipere.

T E X T U S.

Juris præcepta.

3. Juris præcepta sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.

N O T Æ.

3. *Juris præcepta*) Non regulæ artis Juris, ut Hopper & Cont. sed dictata juris naturæ αἱ κοιναὶ καὶ φυσικαὶ ἔννοιαι insitæ & quasi consignatæ in animis nostris notiones ex *l.* 10. §. *ff. eod.*

Honeste vivere) Hoc præcepto vetantur omnia, quæ pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiamsi non expresse prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. *pro Balbo cap.* 3. *quod non oporteat, etiamsi licet*. Fac. *l.* 144. *de reg. jur.*

Alterum non lædere, suum cuique tribuere) Horum alterum ad personam alterius referri videtur: alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. cap.* 5. *Justitiæ primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis*. Sen. 3. *de benef. cap.* 14. *Æquissima vox est, & jus gentium præ se ferens, Redde quo debes*.

C O M M E N T A R I U S.

NON assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio ad *hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. l.* 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant. Siquidem præcepta artium principia sunt cognoscendi: ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulæ, sed una tantum proponeretur præceptorum juris distributio. Rectius præcepta hic accipiemus generalia quædam dictata ac præscripta juris illius communis, quod semper æquum & bonum est, sive notiones quasdam a natura insitas & quasi consignatas in animis nostris κοινὰς καὶ φυσικὰς ἐννοίας. Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ lædunt pietatem, verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcumque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate, in tantum ut etiam ab iis nonnumquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa, aut non expresse prohibita sunt, juxta tritum illud, *Non omne, quod licet, honestum est*: De quo multa præclare Pet. Faber, ad *l. non omne*, 144. *de reg. jur.* Nimirum est aliquid, quod non oportet, etiamsi liceat, ut bene Cicero *pro Balbo c.* 3. Neque vero simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur; sed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. Σκῆψις est legis civilis, cujus latorem officii sui admoneant, ne vel boni causa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi conniventia excusari solet, *quod propter redundantem in humana natura perversitatem quædam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio*. Verba fere sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum, quas pater sustulerat, hoc obtentu non dubitat restituere. *Nov. Leon.* Duo reliqua præcepta duo distincta munera justitiæ evidenter continent. Sic enim crasse ea accipio; ut secundum (*alterum non lædere*) ad personam alterius referatur, ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus, aut violemus: tertium (*suum cuique tribuere*) ad res exter-

nas, ut ab alieno manus abstineamus, hoc est, res alterius non attrectemus aut minuamus; ut patiamur unumquemque rebus suis uti, ut reddamus quod alienum apud nos est. Cui explicationi consentaneum est quod scribit M. Tullius lib. 1. *Offic. cap.* 5. *justitiæ primum munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis ut suis*. Plus justo religiosi sunt, qui nec plura esse juris præcepta contendunt, nec pauciora. Nam & uno ex his tribus generaliter universum justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ tertio præcepto duo priora comprehensa sunt: possunt & quædam justitiæ munera aliis præceptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi; ut *Deum colere*, *Parentes revereri*, *Pacta servare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quam Claudius Cantiuncula in doctissima sua paraphrasi. VINN. Sed & hæc Juris præcepta Stoica sunt. He-[illegible] ex quatuor virtutibus Cardinalibus existere videbatur, *prudentia*, *temperantia*, *fortitudine*, & *justitia*. *Honeste* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet; *neminem lædere* ad fortitudinem: *suum cuique tribuere* ad justitiam. Prudentiæ tamquam virtutis intellectualis, rationem non habuerunt Jurisconsulti. Est hæc observatio viri eximii, Thomasii *in Not. ad Instit. hoc tit.* HEIN.

T E X T U S.

De Jure publico & privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones; publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est: collectum enim est ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus.*

N O T Æ.

4. *Duæ positiones*] Id est, duo themata, partes, species, δύο εἴδη, ex Ulp. *l.* 1. §. 2. *ff. eod.* Alii tres fecere species, sacrum, publicum, privatum. Auson. *in Idyll.* 15. Sed Ulp. *d. loc.* sub publico etiam sacrum comprehendit. Ead. VINN. Frequenter Jurisconsulti veteres eas species, quæ habent mixtam causam, negligunt, quasi confusas cum simplicibus, atque inde ejusdem rei modo tripartita, modo bipartita distributio est. Rem omnem contexit V. C. Ger. Noodt, Probab. 1. 12. qui & hoc ipsum exemplum huc refert. Obs. 11. 21. HEIN.

Quod ad statum rei Romanæ] Quod utilitate publicum est, non quod sola auctoritate; est enim hæc divisio a fine sumpta, non a causa efficiente.

Ad singulorum utilitatem] Quod privatim ad cujusque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per consequentiam publice, illud privatim utile.

Collectum ex naturalibus præceptis &c.] Jus quo privati in civitate utuntur, tribus quasi ex fontibus in Remp. defluxit, naturæ, gentium institutis, & inventis cujusque civitatis.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quot modis dicatur jus publicum?*
2. *Antonius Orator citatus.*
3. *Aristotelica juris civilis distributio explicata.*
4. *Justinianus immerito reprehensus a Rod. Agricola.*
5. *Ulpianus cum Cajo, &c. conciliatus.*
6. *Appellatione juris positivi quale jus significetur?*
7. *Optima juris privati divisio.*

(1) HUjus *studii duæ positiones*) Studium figurate pro jure, cui studetur; nam studium nullum publicum est, sed cujuslibet proprium & privatum. Positiones, id est, θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto ac fine principali. & fortasse rectius tres species ponerentur, ut a Cicerone 1. *leg. de legib.* & Ausonio in *Idyll. divinum*, *publicum*, & *privatum*, aut si διχοτομία magis arridet, dividi commode potest in *divinum* & *humanum*; humanum deinde subdividi in *publicum* & *privatum*. Enimvero Ulpianum hujus divisionis auctorem sub publico etiam divinum comprehendisse certum est: ait enim, *Jus publicum in sacris, Sacerdotibus & Magistratibus consistere*, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Cæterum juris illius sacri, ut ethnici, & impii, tractationem in π̄, omiserunt Compositores Christiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Imp. constitutiones eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant. VINN. Studium pro arte itidem [illegible] dicitur, ut ostendit Merill. *Observ. Lib.* 1. *cap.* 2. Jus divinum humano oppositum, alioquin non est jus de rebus sacris, sed jus a Deo profectum: nec admodum concinna videtur illa διχοτομία, immo nec necessaria quidem, quum jus sacrum sine dubio sit pars nobilissima juris publici. HEIN.

Publicum Jus est] Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id, ne quem turbet, sciendum est, jus publicum sæpe dici non a materia & fine, ut hoc loco, sed a forma aut causa efficiente; non quod utilitate publicum est, sed auctoritate. Ita accipitur in *l.* 8. *de tutel. l. ex sententia* 19. *de test. tut* multisque aliis in locis. Item apud Terent. in *Phorm.* II. II. 65.

An de id quidem adipiscar ergo, quid jus publicum est) In *l. quod* 16. §. 1. *ad leg. Falc.* dicitur retentio Falc. jure publico competere, *in leg. damni* 8. §. 1. *de damn. inf.* Usucapio jure publico contingere, hoc est eo jure, quod publice sive publica auctoritate constitutum est. Eodem sensu & testamenti factio juris publici esse dicitur, *l.* 1. *qui test. fac.* nimirum quia a lege est, seu publica legis auctoritate concessa *leg.* 1. *pr. vers.* 2. *ad leg. Falc. l. verbis leg.* 120. *de verb. sign.* Atque hæc omnia ad differentiam ejus juris, quod cuique privatim acquiritur ex conventionibus, quippe quæ parem cum legibus auctoritatem non habent; quod Papinianus sic expressit, *l. ult. de suis & legit. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur*. Et quod passim legibus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse, *l. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig. l.* 15. §. 1. *ad leg. Falc. l. neque pignus* 46. §. 3. *de reg. jur.* nihil aliud significat, quam ex eo jure aut forma esse juris, quod quacumque de re publice constitutum est; privatorum pactionibus nihil posse immutari, *d. leg. nec ex* 27. *de reg. jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. *in leg. inter.* 51 §. *pen. de fidejuss.* & Zeno in *l. ult. C. de rest. in integr.* commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpian. *leg. nihil consensui* 16. §. 1. *de reg. jur.* itemque Imp. *l.* 2. *C. ne ux. pro mar.* ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegii, quod certarum duntaxat personarum proprium est. Hoc autem loco ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad

utili-

utilitatem publicam, hoc est totius populi universim & conjunctim pertinet; non item ad singulos, nisi secundario & per consequentiam. Nam quod publice utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicum quoque per consequentiam existimamus, veluti cum dicimus, *Publice expedire*, *suprema hominum judicia exitum habere*. *Interesse Reip. ne quis re sua male utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ) id est, *Reip. Romanæ*. Virg. *6. Æneid. vers. 8. 57.*

Hic rem Romanorum magno turbante tumultu
Sistet eques,

de Marcello loquitur; Ennius;

Moribus antiquis res stat Romana virisque.

Si vocem *Romanæ* detrahas, definitio erit generalis: sed hic adjecta ad differentiam aliarum civitatum, quæ cum Romana collatæ, privatorum loco erant, *l. 15. & seq. de verb. sign.* Vel potius, quia Justiniano tantum propositum est, jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulp. unde hæc sumpta sunt. Juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam; ad pacis bellique ordinationem; ad fines & magnitudinem; imperii ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum; monetarum cudendarum: ad exercenda judicia; delicta coercenda; Magistratusque creandos, per quos hæc expediantur.

Quod ad singulorum) Jus privatum in hac divisione est, quod singulorum civium causa recta & principaliter comparatum est: Itaque & testamenti factio, & retentio Falcidiæ, & usucapio, &c. hoc sensu sunt juris privati.

Dicendum est de jure privato) Juris publici tractatio difficilior atque sublimior Justiniano visa est, quam in tyronibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, (2) Antonium apud Ciceronem *l. 1. de orat. c.* 48. non Jurisconsultum, sed legulejum describere, *Qui legum & consuetudinis ejus, qua privati in civitate utuntur, & ad respondendum & agendum & ad cavendum peritus sit*. Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præterit homo Jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & inique de hac scientia judicans. VINN. Immo *Legulejus* non videtur, solius jurisprivati peritus, sed qui legum tantum gnarus, earum & rationem ignorat & applicationem; quemadmodum, qui de sola applicatione & praxi, quam vocant, sollicitus, nullam accuratiorem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari solet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *Lib. 1. de Orat. cap. 46. & 53.* HEINN.

Tripartitum est) Divisio e causis efficientibus, id est, auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate. Quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur, atque secernitur; ut ut verbo *Collectum est*) ostendit, & notat D. Wesemb. Cæterum non est adeo absurdum, ut multi existimant, jus civile tamquam genus constituere, cujus species sint, naturale, gentium, & civile in specie: dummodo jus civile, quatenus in ea distributione ut genus consideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in universum utitur; civile autem in specie, pro eo quod legislator a se constituitur, & positivum passim appellatur. (3.) Eodem namque sensu Philosophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν φυσικὸν ἢ νομικόν. Jus enim naturæ sive gentium communis omnium populorum fons est, unde hauriunt singuli quod ad suæ civitatis mores accommodent; quamvis id non uno omnes modo faciant, Atque huc pertinet quod Gajus scribit in *leg. omnes populi 9. hoc tit. Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio*. quod Arist. *d. loc.* appellat νομικόν, & speciem facit τοῦ πολιτικοῦ. (4) Notat in Justinianum Rod. Agricola *lib. 2. de invention. dial.* quod dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quasi hoc ipso negaret, jus publicum ex iisdem præceptis collectum esse. Sed hoc minime sequitur: Nam satis Justiniano visum est, causam & originem indicare ejus juris, de quo dicturus erat, nimirum privati insuper habito, an ex iisdem præceptis etiam originem, traheret jus publicum. Sed nec recte dixeris naturam, sive jus naturale, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici, quod a Baro recte observavit. Nec tamen assentiendum Mynsingero, qui cum Alciato 1. *parerg.* 31. contendit, jus publicum tantum esse ex præceptis civilibus. Nam præterquam quod manifestum est, religionem erga Deum, *l. 2. hoc tit.* & imperia Magistratuum per ea, quæ Aristot. 1. *polit.* 3. esse ex jure gentium, constat ipsos Romanos sacra, cæremoniasque suas, atque omnia fere, quæ ad Magistratus, aliaque jura publica pertinent, a plerisque Italiæ populi ac præsertim Hetruriæ accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad *Rom. c.* 1. sunt & apud Cicer. 1. *Tusc. c.* 40. & 2. *de nat. Deor. c.* 2. & 15.

Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus) De numero gentium juris dissensisse Veteres videri possunt. (5) Nam Ulpianus in *l. 2. §. 2. h. t.* quem hic sequitur Justinianus, tria genera ponit, naturale, gentium, & Civile. Cujus in *l. omni populi 9. eod.* duo tantum, commune, & proprium; neque Philosophi plura genera agnoscunt quam naturale & positivum. Sed tantum in tractandi modo, non in re dissensio est: revera enim duo tantum sunt summa juris genera, naturale & civile seu positivum: sed in hac bimebri divisione primum genus duas priores species tripartitæ illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus est; quod ei familiare esse apparet ex *l. 4. hoc t. l. 5. d. pact.* Nomina quoque generis docendi causa, cum propria deficerent, speciebus induit, jus naturale vocans, quod similitudine quadam homini cum cæteris animantibus commune est; gentium, quod humani generis proprium. (6) Observandum autem est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hasce species eodem sensu opponere. Non sunt, qui appellatione juris naturalis intelligunt quidem tum jus, quod hominibus cum brutis commune est, tum etiam jus gentium, quod primævum vulgo appellant; sed jus gentium secundarium, speciem faciunt juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par. hoc tit. num.* 15. Greg. Lopez. *animad. cap.* 3. D. Grot. 1. *manduct. ad jurisp. Bat. cap.* 7. item *l. 1. de jur. bel. & pac. c. 1. n. 9. & seqq.* Alii vero appellatione juris naturalis positivo oppositi complectuntur jus omne, quod non est a potestate civili, nec tantum jus gentium primævum, sed etiam secundarium: quod & Veteres interdum faciunt; ut videre est in *l. 1. de acq. rer dom. §. singulorum*

infra

[illegible]. Sed fæpius tamen & hi jus naturale [illegible] gentium [illegible] opponunt: ut in §. 2. [illegible] in pr. *l.* 4. [illegible]. In [illegible], etiam primario opponitur; quæ tamen oppositio vix [illegible] habet, ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit, si dicamus: [illegible] Jus [illegible] esse commune omnium gentium, [illegible] proprium cujusque civitatis. Quod commune est [illegible] gentium, partim nobis commune esse cum bestiis, partim proprium generis humani. Proprium generis humani, partim homini innatum, partim communi [illegible] consensu introductum.

non caruerit. Huc vel maxime pertinet studium tuendi sui adversus vim illatam. *Cic.* 1. *de off. cap.* 7.

Perita censeri] id est, haberi, pro peritis hujus juris, eorum numero adscribi. Theoph. [illegible]; id est, *his qui hanc legem observant adscripta*, quidam malunt, *perita*.

COMMENTARIUS.

1. *Animantia bruta proprie juris capacia non esse,* & *num.* 4.
2. *Parentes [illegible] Jure liberi tenea[n]tur?*
3. *Defensionem adversus vim illatam esse juris naturæ,* & *quatenus ea permissa remissive?*

(1) ANimalia bruta tam certum est esse juris experetia, quam certum est esse ἄλογα, sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. Arist. 5. *Eth.* 10 *In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus in Canone Majore ait, [illegible], & alias etiam beatitudo caderet in bruta, Bene igitur D. Grot. 3. de *jur. bell.* & *pac. c.* 1. *n.* 11. *Proprie juris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus*. Neque quisquam Philosophorum, quod sciam, aut Jurisconsultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit, præter unum Ulpianum, ex cujus Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 2. §. *de justit.* & *jur.* Quo modo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est, qui per quamdam auxesin & figurate hæc a Jurisconsulto dici scribunt, propterea quod quæ hujus juris esse dicuntur, ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles *lib.* 9. *de hist. anim. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. *de finibus*, *virtutum simulacra*. Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello [illegible]. Platonis quoque doctrina est, naturam rem unamquamque perfectissimam facere voluisse; ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinæ mentis vestigia expressisse. Neque aliud sentire videri debet Plutarchus in libello, cui titulus est, [illegible], quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio, qui ajunt Jus naturale formaliter, id est, quoad rationem, non nisi in hominem cadere: materialiter autem, hoc est, quoad appetitum & instinctum naturæ, etiam in bruta: nempe, ut hoc explicant Covarr. *in c. peccatum, de reg. jur. in* 6. *part.* 2 *rel.* §. 1. *num.* 4. & Ant. Fab. *jurisp. Papin. tit.* 2 *p.* 1. ius naturale dici, quod circa ea versatur, quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt; homines vero etiam cum ratione. Nam cum homo hæc facit, rationem in consilium adhibet, quam veluti ducem sicumque sequitur, cum bestiæ in iis tam agendis sola vi naturæ, & cæco impetu sine judicio ac ratione ferantur. Ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmas. *lib. de usur. cap.* 9. eoque pertinet quod scribit Seneca *lib.* 1 *de Ira*, *cap.* 16. animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse. VINN. Solum Ulpianum jus naturæ hominum cum reliquis animalibus commune fingere patat

Vin-

TITULUS SECUNDUS.

DE JURE NATURALI GENTIUM, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo species juris privati, in quas supra §. [illegible] tit. divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto, juris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem aggreditur. Atque primum illud dividit ex adjuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species, quas ordine item explicat. Postea jus civile a naturali [illegible] ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris continuati, [illegible] discretionem materiæ, circa quam jus omne, quo utimur, versatur.

T E X T U S.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris perita censeri.

N O T Æ.

Omnia animalia docuit] *l.* 1. §. 3. *ff. de just.* & *jur.* Dicuntur verum hæc [illegible], eo quod quæ hujus juris sunt, etiam bruta faciunt, solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani. Cic. *in Lel. cap.* 8. Unde tales brutorum actus Arist. 9. *de hist. anim. cap.* 7. appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς. Proprie autem juris capax non est, nisi natura [illegible] præceptis generalibus. Grot. 1. de jure bell. [illegible]. Plutarch. *Cat. mai.* In bestiis tantum apparet juris [illegible]. Salmas. *de usur. cap.* 9.

[illegible] Lactant. *lib.* 6. *c.* 2. 3. *Cum [illegible] Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsis, ut [illegible] appeterent, & [illegible], eoque ratione propagari & multiplicari [illegible].*

[illegible] 6. [illegible] *de off. cap.* 5. *Quemadmodum communis est [illegible] appetitus, ita cura quoque [illegible]*. Nam, ut idem *lib.* 3. *de fin. cap.* 19. *[illegible], ut [illegible] natura [illegible] procreata*

Vinnius. Sed perperam. Fuit ea communis fere veterum Philosophorum doctrina. Jus naturæ exigere dicebant, ut secundum naturam vivamus. Natura est vel communis, vel homini propria. Ex illa jus naturale, ex hac jus Gentium derivabant. Præclare eam in rem ex mente Stoicorum disserit Cicero *de finib. l. 4. cap. 9.* Eleganter quoque Euripides: *Communis hæc lex scripta est mortalium, trahens & ipsis in sui offensum Deos Fe ásque, amare, quidquid est ex se* [...] In rebus aliis [...] non uno utimur. HEIN.

Maris & feminæ coniunctio) Huc pertinet quod in Lælio scribit Tullius; *Hoc apparet*, inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsa diligant; id enim pariter cum omni animante nascitur, deinde ut requirant atque appetant ad quas se applicent ejusdem generis animantes: idque faciunt cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.*

Procreatio, educatio.) *Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt*, ait idem Tullius 1. *de offic. cap.* 3. Justinianus in *l. un.* §. *taceat, C. de rei ux. act. ipse*, inquit, *naturalis stimulus*, id est, στοργὴ *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur*. Et alibi. *Filium vel filiam alere pati necesse est propter ipsam naturam. l. ult. §. ipsum C. de bon. quæ, lib.* Et vero *Hæc inter se congruere non possunt, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret* ut scribit Cic. 3. *de finib. cap.* 19. (2 Referunt hic quidam & alituram parentum; sed male. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio [...], sed parentum alimonia non ex eo jure est de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet. Verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus gentium dicitur; nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est: ut genitum erga gignentem a naturali ratione, quæ pietatem & gratitudinem commendat, *fac. l. 2. de just. & jur. l. nam & 15. de in off. test. l. 7. §. 1. unde liberi*. Ita cape locum Ciceronis in *orat. de resp. arusp. cap.* 23. ubi ait; Parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium sit. Et Valerii, qui *lib. 5. cap.* 4. scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id ut singulare negligendum est. De quæstione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur: & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena consulantur. Schneid. *hic n. 10. & seqq.* D. Tuiden. & Perez. *ad tit. cap. de alend. liber.* Christin. *vol. 3. dec.* 143. ad. D. Grot. 2. *de jur. Bell. & Pac. cap. 7. n. 4. & seqq.* Pet. Fab. 2. *Sem.* 1.

3) Nullius autem rei studium altius insitum est a natura omnibus animalibus, quam studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium a natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius 1. *de Offic. c. 4. ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque, quæ nocitura esse videantur*. Unde liquet, fragmentum auctoris *l. 3. de just. & jur.* temere a Triboniano subjectum esse *l. 2. eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contra quam propositum erat. Quamquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, tuitionem, & propulsationem injuriæ, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumscripsisse. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permissum sit, ex recepta DD. sententia tradit S[...] *hic n. 12. & seqq.* Gail. 2. *obs.* 100. *n. 13. & seqq.* D. Tuiden. *ad tit. C. ad leg. Corn. de sicar. n.* 5. Summa huc redit, ut ne vim propulsando ulcisci magis quam tueri non studeamus: deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligitur, cum aliter periculum evitare non potuimus, *l. scientiam 45. §. fin. ad l. Aq. l. 1. C. unde vi. & ibi* Don. Add. D. Grot. *lib. 1. de jur. bell. cap. 1. ubi n.* 3. recte docet defensionis per se, ac primario nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius, unde periculum est; & ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo alitur non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere, etiamsi ille peccato careat, puta insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus. Neque enim eo tolli jus se tuendi, cum sufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intentat, pati, non [...] magis, quam si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius. Illud repeto, quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur, id fieri improprie ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea plerosque dispartitionem juris naturalibus finibus humani generis circumscribere. Vid. Pet. Fab. 2. *serm.* 1. Salmas. *de usurp. c.* 2. Joann. Selden. *l. 1. de jur. nat. & gent. juxta discipl. Hebræor. cap. 4. & 5.* ubi etiam Hæbræos laudat, qui & ipsi non jure aliquo, (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed e propensione atque inclinatione tantum ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sane discrimen, quod Ulpianus facit inter jus, quod animantibus cæteris cum homine commune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud quod hominum proprium est, quod sæpe jus gentium nuncupatur, vix ullum usum habet. Quoniam utrum actus ipse, de quo Jus naturæ constituit, sit nobis communis cum aliis animantibus, ut prolis educatio; an nobis proprius, ut cultus Dei; ad juris ipsam naturam nihil refert; §. *pen. inf. eod.*

T E X T U S.

Distinctio juris gentium & civilis a definitione & etymologia.

5. *Jus autem civile a jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

N O T Æ.

1. *Quisque populus*) Ex *l. 9. de just. & jur.* populus scil. alieno imperio non subjectus, alias juris condendi pote-

potestatem non habet, nisi quatenus ille cui paret, concessit, *l. 9. [illegible] ff. de l. [illegible] Rhod.*

Propriumque ius civile) Nempe in specie, quod a se civitas constituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam ius civile sumptum pro universo jure civitatis etiam ius naturale & gentium complectitur; quo sensu Aristotel. 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν in φυσικὸν & νομικόν.

Naturalis ratio) Jus gentium non ex institutis populorum æstimandum est, seu ex eo quod justum esse ipsa naturalis dictat ratio; id est, insita animis hominum notitia honesti & turpis, justi & injusti. V. G. Incesta, adulteria, furta, natura turpia & illicita sunt; etiamsi gentes repertæ, in quibus hæc permissa aut non punita. Gell. 11. *noct. Attic* 18. Alex. *ab* Alex. 1. *Gen. dier.* 24. Plato 1. *de legib.* Cic. 1. *de legib. cap.* 16.

Apud omnes populos) Aut certe moratiores. Nam quid naturale sit, spectandum in his, qui bene secundum naturam se habent, non in depravatis, teste Arist. 1. *Pol.* 5. Videtur autem hic tantum definiri species juris gentium excellentium excellentior, quæ vulgo jus gentium primævum.

COMMENTARIUS.

1. *Populum alterius imperio subjectum leges condere non posse: & quatenus statuta.*
2. *Divisio juris civilis in merum & mixtum explicata & illustrata exemplis.*
3. *Jus gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.*
4. *Vulgaris distinctio Juris gentium in primævum & secundarium defensa & applicata.*

(1) Quod quisque populus) Suis scilicet legibus & moribus vivens; nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est, ea non plus juris habet in jure constituendo, quam ille, cujus imperio subjecta est, concessit. *l. [illegible] 9. de leg. Rhod.* Hinc est, quod municipia meliore hac in re conditione erant, quam coloniæ: quia municipiis concessum erat, ut suis legibus & moribus uti possent; coloniæ autem jura instituta que omnia populi Rom. non sui arbitrii habebant, Gel. l. 16. c. 13. Cæterum statutorum condendorum quemlibet Magistratum in suo territorio jus habere tradunt DD. *in l. omnes populi* 9. *hoc tit.* unde hic locus descriptus est. Quæ tamen statuta non aliter valeant, quam si non derogent juri communi. & ut valeant, sciendum tamen est, non valere jure legis, sed salvum semper manere jus Superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, *l. 3. §. Divus 5. de sepulc. viol.* Usu quoque servari tradit Schneid. *in §. constat 3. inf. e. d.* ut [illegible] confirmatio a Superiore petatur; quod & juri consentaneum cum Hieron. de Cævallos censet D. Christian. *vol. 2. dec. 55. n. 5.* quamvis id necessarium non esse plerique tradiderunt. Apud nos sane Magistratus inferiores jus statuta condendi non habent, nisi quatenus id a Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui necessaria est Superioris approbatio. D. [illegible] *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 5. D. Grot. 1. *manud. cap.* 2. De statutis, præter alios, videri possunt D. Nic. Burgund. *ad consuetud. Fland. tract.* 1. Christin. *vol* 2. *dec.* 2. 3. 4. 5. 54. 56. 57. *&* 59.

Vocaturque jus civile) In specie nimirum. Nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles; licet a legislatore civili nihil habeant præter approbationem, §. 1. *inf. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile a causa efficiente, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus, qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. (2) Ab Aristotele legitimum dicitur; vulgo positivum. Potest vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile, quo pertinent leges omnes, quæ ideo tantum justæ sunt & obligant, quia a civili potestate sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges; senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum; leges Ælia Sentia, Junia Norbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim Tabularum: aliud κατά τι, quod mixtum recte dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure determinatum est, determinat. Quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones & id genus alia, juris civilis esse dicuntur; nempe quia certa & propria quadam forma a jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit, atque eorum cives tantum, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est quod scribit Ulpianus *l. 6. de just. & jur. Cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile effici*: alioqui omnia fere, quæ constituta sunt, juris mere civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri, quod directe pugnat cum ratione juris naturæ, *d. l. 6. in pr.*

Naturalis ratio) Ait Imperator jus gentium esse, *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*. Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo quod justum esse dictat ipsa ratio naturalis, id est insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto (3) Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quidquam natura justum esse, sed tantum lege & consuetudine, contra quos disputat Cic. 1. *de legib. c.* 16. & Aristot. 5. *Eth.* 7. add. Platon. 1. *de legib.* Laert. *in Pyrr. & Aristip.* Exempli gratia, dictat naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, natura turpia esse & punienda, *l. probrum* 42. *de verb. sign. l. 1. §. 3. de furt.* Reperti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt, vide Gell. *lib* 1. *cap.* 18. Arnob. *adv. gent. l.* 8. Alex. ab Alex. *lib.* 1. *c.* 24. Alber. Gent. 5. *de nupt. c.* 7. Jure gentium incestum committit, teste Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu ascendentium aut descendentium uxorem ducit: quod etiam saniores omnes Philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10. v. 332.

> —— *Gentes tamen esse feruntur,*
> *In quibus & nato genitrix & nata parenti*
> *Jungitur.*

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum judicium efficere non possunt, ut id quod natura justum aut injustum, turpe aut honestum est, tale esse desinat: quomodo & Socrates disputat apud Xenoph. *lib.* 4. *memorab.*

Omnes

Omnes Gentes) Aut certe moratiores. Nam naturale recte dicitur, interprete Michaele Ephesino ad Nicomachiam, *quod apud plerosque non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes, obtinet*. Et Arist. 1. polit. 5. quid naturale sit, spectandum ait in his, *Quæ bene secundum naturam se habent, non in depravatis*. Belle Salmas. *de usur. pag.* 243. *& seqq.* Videtur autem Imperator hic tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorum, nempe jus gentium primævum, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari potest juri gentium secundario, quod in §. *seq. vers. nam usu*, ita describitur; ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quamquam cum etiam secundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως nitatur, neque id aperte constitutum, aut sanctione aliqua introductum sit, sed tacita tantum, communi tamen consensione gentium receptum, naturale quodammodo est, & a positivo secerni potest. Atque hoc etiam puto sentire Aristotelem *d. l.* 1. *cap.* 4. ubi ait, esse quoddam jus gentium καθ' ὁμολογίαν. Ut autem paucis explicem, qua ratione (4) Doctorum illa juris gentium distinctio in primævum & secundarium nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat; nata est ea distinctio ex duplici consideratione rationis, seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, simplex est & pura, quæ sine discursu judicat, & Græcis νοῦς sive νόησις dicitur: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis διανόημα & λογισμός, ita & duplex est jus Gentium. Unum, quod a simplici illa ratione fluit, seu intellectu νοητικῷ cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliaque ejusmodi principia practica, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus. Alterum, quod a composita, seu intellectus διανοητικῷ, quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua aut hypothesi & comparatione alterius rei justum esse intelligitur, cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendasque inter se Respublicas & gentes a viris sapientibus excogitata in usum omnium gentium, aut plerarumque pervenerunt. Exempla habemus in §. *seq. vers. nam. usu*, & elegans in *l.* 1. *ff. de contr. empt.* Quod jus a simplici illo intellectu est, primævum DD. appellarunt: quod a composito, secundarium: primum immutabile; secundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectibus.

2. *Sed jus quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. Nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare jus civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim & jus, quo Romanus populus utitur, jus civile Romanorum appellamus, vel jus Quiritium, quo Quirites utuntur. Romani enim a Romulo; Quirites a Quirino appellantur. Sed quoties non addimus nomen, cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti quum Poetam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente & humanis necessitatibus, gentes humanæ jura quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, & captivitates secutæ, & servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Jure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur. Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.*

NOTÆ.

Usu exigente) Hujus igitur ex parte causa est usus & indigentia. Aristot. 1. *polit.* Unde Div. Chrysost. orat. 76. hoc jus appellat εὕρημα βίου καὶ χρόνου, *Inventum, usus & temporis*. Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, *l.* 1. *ff. de cont. emp.*

Necessitatibus humanis) Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primævum & secundarium. Illud enim, de quo §. 1. non est cogitatum aut inventum usu exigente, sed nobiscum natum; qualia sunt: Deum colere, parentes revereri, neminem lædere, &c.

Naturali Juri contraria) Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes pene contractus) Τὸ pene additum est δι' ἀκρίβειαν φιλοσόφου. Sunt enim quidam jure civili introducti, *l.* 5. *ff. de just. & jur.* veluti stipulatio, obligatio litterarum, donatio propter nuptias.

COMMENTARIUS.

1. *Jus Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2. *Confirmatio distinctionis juris gentium in primævum & secundarium.*
3. *Etiam inter ea, quæ juris secundarii, distinctione opus videri.*
4. *Bella & Belli effecta quo aspectu juri naturali contraria?*

EX *unaquaque civitate*) Jus civile non retinet unum idemque nomen, sed a nomine ejus civitatis appellatur, quæ id constituit: ut in hoc quoque discrepet a jure gentium.

Solonis vel Draconis) Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Arist. 2. *Pol.* 10. scribit, nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes prope omnes mulctabat. Unde Demadis illud laudatur, ὅτι δι' αἵματος, οὐ διὰ μέλανος τοὺς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε. *Draconis leges non atramento, sed sanguine scriptas fuisse*. Plutarch. *in Solone* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses feli issime sunt usi: vid. Aul. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. VINN. Ante Draconem Atheniensibus leges scripsit Triptolemus, de quibus Porphyr. 4. *de abstin. & animal. p.*431. Postea circa Olympiad. 39. Draco, & Olympiad. 46. anno 3. Solon, leges tulerunt, de quibus Pandulph. Pratejus, Jo: Meursius Des. Heraldus. HEIN.

A Quirino Quirites) Plerique tradunt, pace facta inter Sabinos & Romanos placuisse, ut Romani etiam Quirites a Curibus, Tatii Sabinorum Regis patria vocarentur. Varr. 4. *de ling.* Dionys. Halicarn. *lib* 2. Plutarch. *Romul.* In aliis est; Romani enim a Quirino Quirites appellantur, Hotom. Cujac. Wesemb. Cur Romu-

Romulus dictus sit Quirinus, triplicem caufam affert [illegible]

1 *Noftrum jus*) κατ' ἐξοχὴν. De Romani juris excellentia differit M. Tullius in perfona Craffi *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. *feq.* Hodie jus civile Romanorum quafi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam obfervatur, utique in quibus caufis propriæ leges aut confuetudines deficiunt.

2 Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcunque conftitutionum ac confuetudinum, quæ illi manifefte non repugnant: ac tametfi repugnent, tamen in ambigua facti fpecie ejufdem æquitatis mitigantur, & ita coarctantur, ut commune hoc jus quam minimum lædant, de quo docte & acute D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap.* 3. plene D. And. Gail. 2. *obf.* 33.

Ufu exigente) Hic locus confirmat receptam juris gentium diftinctionem in primarium & fecundarium: quamquam vitio non caret, quod Triphoninus non apertius diftinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum eft, fed nobis ingenitum: quemadmodum & notitiæ illæ fimplices, unde illud promanat, mentibus noftris divinitus infitæ, & in cordibus noftris infculptæ funt, etiam Apoftolo tefte *cap.* 2. *ad Rom.* Secundarium autem, (quod Grotio 1. *de jur. bel. cap.* 2. *n.* 4. eft voluntarium) ab hominibus [illegible] eft, & mentis quadam agitatione, comparatis inter fe aliis atque aliis rebus, excogitatum ad communem vitæ ufum retinendamque gentium inter fe [illegible], ut hujus juris ex parte caufa fit ufus & indigentia tefte Arift. 1. [illegible] Quamobrem recte Dio Chryfoftom. *oration.* 76. hoc jus ait effe [illegible] *temporis & ufus*; & hinc [illegible] appellatur, multumque ad [illegible] hujus juris utimur auctoritate illuftrium Hiftoricorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce [illegible], quam ratio [illegible] ductu collectum eft, & ufu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ neceffitatibus, conjungitque Re[illegible]. & gentes inter fe, quarum tacito quafi fœdere & confpiratione cenfetur. VINN. Rectius omnia cohærent, fi dicas, *jus naturæ effe jus omnium per rectam rationem promulgatum*. Ab eo tunc non differt *jus Gentium*, nifi applicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium applicantur, modo jus naturæ, modo *jus gentium* appellantur. Quemadmodum vero jus naturæ vel *abfolutum* eft, vel *hypotheticum*: ita & gentium negotiis applicatum [illegible] a Doctoribus *primarium*, hypotheticum *fecundarium* dicitur. HEIN.

[illegible] humano) Non quod legis fanciendæ caufa gentes omnes in unum convenerint, fed quia illud [illegible] propter communem utilitatem tacito confenfu gentium approbatum & ab omnibus receptum eft.

(3) *Bella orta funt*) Interim inter ea, quæ funt, juris gentium fecundarii, aliqua diftinctio facienda videtur. Nam initio fingulæque focietates humanæ conftitutæ [illegible] dominia diftinguere, jura commerciorum introducere: bella autem potius [illegible] quæ [illegible] hominum & habendi libido [illegible], & confequenter etiam bellorum jura. [illegible] §. [illegible] n. 3. *Bella*, inquit, *funt [illegible] juris gentium non [illegible], fed accidentaliter, di[illegible] dominium*.

Juri naturali contraria) Bella, & hinc fecutæ captivitates & fervitutes, fi per fe fpectentur, a ratione naturali prorfus aliena funt: neque enim, quod utilitas omnium gentium exigit, focietatem humanam bella tuentur, fed opprimunt atque evertunt. Ex hypothefi tamen & hæc rationem naturalem habent. (4) Etenim fi vim & injuriam nobis aut fociis noftris illatam vi & armis defendamus, aut etiam vindicemus captus hoftes etiam in fervitutem noftram redigamus, ut metu talis pœnæ improbi ab injuria in pofterum abftineant, nemo, opinor, eft, qui neget hoc fumma cum ratione fieri; de quo iterum & latius tit. feq.

Omnes pene contractus) Τὸ pene additum ἐπὶ ἀσφαλείᾳ [illegible], & eft temperamentum Jurifconfultis familiare, qui paffim hujufmodi particulari adjectione fibi cavere folent, quando quid generaliter enunciant, aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculofa eft, *l. omnis definitio* 202. *de reg. jur.* quod & Juftinianus hic facit, refpiciens haud dubie ad *l.* 5. *de just. & jur.* ubi Hermogenianus fcribit, quofdam contractus a jure civili introductos effe: quinam autem ifti fint, non definit. Vulgo quidem putant effe hos quatuor, ftipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & fponfalitiam largitatem: fed quam recte fuis locis videbimus. Illud interim hic affirmare aufim, nullam obligationem dici poffe fimpliciter & abfolute effe juris civilis, fed κατά τι dumtaxat, quatenus nimirum nonnifi fub certo modo & forma ex confenfu obligatio jure civili producitur.

Emptio & Venditio, &c.) Hæc certa auctoritate juris Auctorum probantur. Quamvis in quæftionibus, ubi rei veritas exquiritur (qualis hæc eft, An aliquid fit juris gentium, nec ne?) non tam Auctores, quam rationum momenta in difputando quærenda funt; ut fcribit Cicero 1. *de natur. Deor. cap.* 5. & pofita hæc funt extra poteftatem legislatoris.

T E X T U S.

Divifio Juris in fcriptum, & non fcriptum; & fubdivifio Juris fcripti.

3. *Conftat autem jus noftrum, quo utimur, aut fcripto, aut fine fcripto: ut apud Græcos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum autem jus eft, lex, plebifcitum, fenatufconfultum, principum placita, magiftratuum edicta, refponfa prudentum.*

N O T Æ.

3. *Quo utimur*) Abeft a *l.* 6. §. 11. *de juft. & jur.* unde hæc fumpta, nec Cujac. Hotom. Wefemb. agnofcunt.

Scripto aut fine fcripto) Diftributio juris civilis a forma & modo conftituente ex *d. l. leges* 6. §. 1. alterum enim expreffe fancitur & fcripto promulgatur, alterum tacito confenfu utentium introducitur, *l.* 32. *pr. ff. de leg.*

Apud Græcos) Plat. *lib.* 7. *de legib.* & apud Laert. Arift. 1. *Rhet.* qui & 3. *Eth.* meminit legum κατὰ τὰ γράμματα & κατὰ τὰ ἤθη.

Scriptum) Subdivifio juris in fex fpecies. Papinianus *leg.* 7. *ff. de juft. & jur.* quinque tantum enumerat; fed ille arctius jus civile accipit; eique prætorium ut fpeciem univerfam opponit. Mox tamen Mar-

cia

cianus jus honorarium vivam appellat vocem juris civilis, *l. 8. ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. Scripturam non pertinere ad legis essentiam:
2. A quo tempore lex obligare incipit?

JUS scriptum in divisione proposita non opponitur omni juri non scripto; nam & jus naturale, ac gentium est ἄγραπτον sed tantum ei juri, quod moribus & longa consuetudine introductum est; eodem enim sensu jus dividitur in legem & consuetudinem, legis voce latius accepta pro quavis parte juris scripti. Desumptus hic locus est *e l. 6. §. 1. & l. seq. de just. & jur.*

(1) *Scripto aut sine scripto*) Distributio juris civilis ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris, quod opponitur juri non scripto aut consuetudini, non est scriptura, sed expressa voluntas & sanctio civilis potestatis: sicut e contrario consuetudo aut jus non scriptum formam & essentiam suam habet a tacita voluntate & consensu utentis populi, §. *sine scripto 9. inf. eod. l. de quibus* 32. *de leg.* Hujus rei evidentissimum argumentum est, quod nec consuetudo in scripturam redacta lex sit, nec lex non scripta consuetudo. Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, legibus tamen usi sunt, atque una τῶν καλλίστων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις *scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg.* p. 47. Atque ut e Romana Republica exemplum petamus, numquid lex erat, cum rogante Magistratu, *Velitis, Jubeatis, Quirites, &c.* populus in tabellis respondisset, *Uti rogas*? Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquies, sine quo lex non obligat, id utique est ei essentiale: sine scriptura autem non obligat, cum sine ea in notitiam populi pervenire non possit, *arg. l. leges sacratissimæ 6. C. de leg.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? an non voce præconis quoque lex promulgari potest? & proinde certum est in *l. humanum* 8. *Cod. de legib.* faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat, & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice proponi, quo & cognosceretur facilius, & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publice propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiose, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent Legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Plane si non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per scripturam; potest dici, scripturam ad vim legis necessariam esse; neque enim ante lex vi sua constat, civesque ad observationem vel pœnam obligat, quam populo innotescere potuerit; quod sine promulgatione, sive publicatione aliqua fieri non potest, *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib.* Perez *ad C. de leg. n.* 18. (2) An igitur lex statim ut publicata est, obligat? Maxime: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus non statim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1.* Extat sane constitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν, quæ indulget spatium duorum mensium a die publicationis observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. c. 1.* Verum ea constitutio recte sic a plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præsumatur, non quia lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam allegat; esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ab ord. fac.* Gudelin. 5. *de jur. nov. c.* 2. add. Christ. *vol. 2. dec. 52. n. 2. & seqq.* VINN. *Scriptum jus* revera idem est, ac promulgatum: *non scriptum* ac non promulgatum. Loquutio a Græcis descripta, quibus γράφειν νόμους non est leges *scribere*, sed *publicare*. Hinc & Lycurgum γράψαι νόμους ait Liban. *p.* 476. *Tom.* 1. quum tamen Lycurgi leges scriptura vulgatas non esse, satis constet. Plutarch. in Lycurg. *p.* 47. Hinc & jus civile a prudentibus invectum sine scripto venire & consistere dicitur, *l. 2. §. 5. & 12. ff. de Off. J.* non, quod litteris consignatum non fuerit, sed quod non solemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laert. *Lib.* 3. νόμον dividit in γεγραμμένον καὶ ἄγραφον & hunc esse ait τὸν κατὰ ἔθος γινόμενον, *qui in more vel consuetudine positus est.* HEIN.

Scriptum autem jus) Subdivisio juris scripti, quæ quidem ad juris præsentis auctoritatem non multum pertinet: omnia enim, quæ in libris nostris continentur, auctoritate Justiniani nituntur, *l. 1. & 2. C. de vet. jur. enucl.* Sed quoniam hæc confirmavit Justinianus, quia in veteri jure erant, ideo & hic & in π extare voluit testimonia ex jure propriorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

T E X T U S.

De lege & plebiscito.

4. *Lex est, quod populus Romanus senatorio Magistratu interrogante (veluti Consule) constituebat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo Magistratu (veluti Tribuno) constituebat. Plebs autem a populo eo differt, quo species a genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam Patriciis & Senatoribus. Plebis autem appellatione sine Patriciis & Senatoribus cæteri cives significantur. Sed & plebiscita, lege Hortensia lata, non minus valere, quam leges cœperunt.*

N O T Æ.

4. *Lex est*) Legis nomen hic distinctissime accipitur, alias jus omne scriptum significat, opponiturque consuetudini, ut passim in libris nostris, & apud Cic. 1. *de oblig. cap.* 6. Sæpe etiam non minus late extenditur, quam vocabulum juris; ut & νόμος apud Græcos.

Interrogante) Mallem *rogante*, ut quidam. Rogabant Magistratus populum his verbis, *Velitis, Jubeatis, Quirites, &c.* Populus respondebat in tabella vel A. id est *Antiquo*, vel U. R. id est, *Uti rogas.*

Veluti Consule) Item Dictatore & Prætore, non etiam Censore. Addit Hotomanus & Interregem: sed perperam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit; ut patet ex 3. in *Rullum.* Vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

Plebiscitum) Ἀπὸ τοῦ sciscere, ψηφίζεσθαι quod est discernere & constituere, non ἀπὸ τοῦ scire. Fabrot.

Velu-

Veluti Tribuno) Alium Magiſtratum plebejum rogationem ad plebem tuliſſe, nemo prodidit.

Quo ſpecies a genere. Rectius dixiſſet, *quo pars a toto*. Populus enim eſt σύνολόν τι quod ex partibus ſuis plebe & Patriciis conſtat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloſſ. gr. lat. δῆμος populus, vulgus.

Lege Hortenſia) Primum lege Horatia ſeceſſione in Aventinum; deinde lege Hortenſia, ſeceſſione in Janiculum. Cujacius ex Liv. & Plin. add. Gell. 15. c. 27. VINN. Immo tres ordine leges eam in rem latæ ſunt. *Horatia* anno U. C. 306. Liv. III. 55. *Publia* an. U. C. 416. Liv. VIII. 12. Et denique *Hortenſia* an. U. C. 466. Epit. Liv. l. 11. Gell. XV. 26. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Legis variæ ſignificationes.*
2. *Non omnibus Magiſtratibus ſenatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuiſſe.*
3. *Patricios genere ſemper, non ordine a plebejis diſtinctos.*

SEquitur ſingularum juris ſcripti partium explicatio: cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus; cujus ignoratio craſſos errores peperit.

(1) *Lex eſt*) Legem a *legendo* dictam, ſcribit Cicero *l. 1. de leg. c. 6.* Quoniam in lege ineſt vis delectus: jubet enim quæ honeſta ſunt, prohibetque contraria. Unde vocabulum legis non minus late patet, quam juris; tam enim dicimus, lege naturæ quid conceſſum aut vetitum eſſe, quam jure, ut apud Ciceronem paſſim: frequentiſſime autem legem appellamus, quæ ſcripto ſancit, quod vult: eaque popularis eſt hujus vocis ſignificatio, teſte eodem Cicerone *d. l. 1. de legib. cap. 6.* Neque tamen omnis ſcripta ſanctio arcto ſignificatu lex eſt, ſed ea tantum, qua univerſus populus obſtringitur: nec alia de cauſa plebiſcita initio leges dicta non ſunt, quam quod partem tantum civium obligabant. At poſt legem Hortenſiam plebiſcita non minus proprie leges appellata, quam quæ populus centuriatim juſſiſſet.

(2) *Senatorio Magiſtratu*) Lex ferebatur comitiis centuriatis a Magiſtratibus, penes quos erant majora Reipublicæ auſpicia, puta a Conſule, Dictatore, vel Prætore; non autem ab omnibus Magiſtratibus ſenatoriis aut curulibus, non a Cenſore, Interrege, aut Ædilibus curulibus. Interreges quidem Magiſtratibus creandis centuriata comitia habere poterant: ſed legibus ferendis habere iis non licuit: ut apparet ex 3. *in Rullum*, nimirum quia in interregno nihil prius cum populo agi licebat, quam ſubrogati eſſent ordinarii Magiſtratus. Sed neque Cenſores centuriatis comitiis legem tuliſſe uſquam legimus; cumque leges cenſorias apud Auctores reperimus, pro Cenſorum ſubſcriptionibus, ut Cicero *pro Cluentio* appellat, aut locationibus Cenſoribus factis, ut 7. *in Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuiſſe, ex iis, quæ de luſtri condendi ratione Livius commemorat, oſtendi poteſt. Poſtremo nec Ædiles curules ulla comitia habuiſſe uſquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in mulctæ certatione; de quo vid. Nic. Gruch. l. 1. *de comitiis Rom. c. 3. & leg. 2. cap. 3.* VINN. Præter Conſules, Dictatores & Prætores leges etiam tulerunt Magiſtratus majores extraordinarii reliqui, veluti *Tribuni militum conſulari poteſtate*, & *decemviri*. De Cenſoribus ſubſiſto, ob legem Cæciliam de fullonibus, a Cenſore quippe latam, ſi credendum Plin. *Hiſt. N. XXXV. 17.* HEIN.

Interrogante) Rogabat Magiſtratus his verbis; *Velitis, Jubeatis, Quirites*, &c. Populus reſpondebat in tabella vel per litteram A, id eſt, *Antiquo*, vel per *U. R.* id eſt, *Uti rogas*, quod ex antiquorum pleriſque locis intelligitur, *vid. Agell. l. 10. cap. 20.*

Veluti Tribuno) Tribuni & Ædiles plebeji proprii plebis Magiſtratus erant: ſed Ædiles rogationes ad plebem tuliſſe nemo prodidit. Plebiſcita comitiis tributis, leges centuriatis aut curiatis ferebantur; qua de re antiquitatis ſtudioſi conſulant Car. Sigonium, & Nic. Gruchium, qui ex profeſſo de comitiis Romanorum, & quæ res, quibus comitiis tractari ſolitæ, ſcripſerunt; quædam & nos notavimus ſub §. 1. *inſ. de teſtam. ord.* VINN. Sæpe tamen & leges tributim latas eſſe exempla docent quamplurima. Nam & majores magiſtratus ſenatorii tribus in ſuffragia mittebant. Exemplum eſt in lege Quintia apud Frontin. *de aquæduct.* & Reines. *Inſcript. claſſ. 7. §. 10.* HEIN.

Quo ſpecie a genere) Rectius dixiſſet. *Quo pars a toto*. Eſt quidem & genus quoddam totum; ſed univerſale, & ſpecies pars generi ſubjecta; ſed tale totum non eſt populus, ſed σύνολόν τι quod ex patribus ſuis, plebe & Patriciis conſtituitur.

(3) *Sine Patriciis & Senatoribus*) Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes ſoli Patricii ſibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad Magiſtratus populi & in Senatum eſſe cœpit, ſenatores plebejis opponi deſierunt. Sane Patricii gente ſive genere a plebejis ſemper diſtincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinum pro cenſu cujuſque diſtinctionem attinet, certum eſt, multos e Patriciis familiis, puta qui equeſtrem aut ſenatorium cenſum non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebejis gentibus in ordine equeſtri aut ſenatorio fuiſſe. Quin olim etiam antequam ex cenſu maximo Senatores eſſe cœperint, quod poſtremis temporibus factum eſſe ſcribit Plinius in *proœm. lib. 14.* ipſi ſenatores, qui minimi cenſus erant, inter pedites enumerabantur, & ſuffragium ſi ferre vellent, in quinta claſſe ſuffragium dicere debebant, vide Gruch. *l. 1. de comit. Rom. cap. 4.*

Lege Hortenſia) Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium, non omnes adſtringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius Conſules, cum velut in controverſo jure eſſet, tenerenturne patres plebiſcitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributim plebs juſſiſſet, populum teneret. Id factum anno ab urbe condita 304. ſeceſſione ſecunda in Aventinum, Liv. *lib. 3.* Idem poſtea confirmatum lege Hortenſia lata a Q. Hortenſio Dictatore ſeceſſione tertia in Janiculum, anno ab U. C. 367. Et iterum a Dictatore Q. Publio anno ab U. C. 413. vid. Liv. *lib. 8. Flor. in epit. 11. lib. 15. cap. 27.* VINN. Ordo temporum hic plane perturbatus. Diximus ſupra ad Notas h. §. HEIN.

Non minus valere, quam leges) *Ita factum eſt*, ait Pomponius *lib. 2. §. deinde 8. de orig. jur. ut inter legem & plebiſcitum ſpecies intereſſet conſtituendi: poteſtas autem eadem eſſet*. In ſumma ut plebiſcita etiam leges revera & eſſent & appellarentur.

T E X T U S.

De Senatusconsulto.

7. Senatusconsultum est, quod Senatus jubet atque constituit. Nam cum auctus esset populus Romanus in eum modum, ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causa; æquum visum est, Senatum vice populi consuli.

N O T Æ.

5. Auctus esset populus) Ita & in *l. 2. §. deinde 9. ff. de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio & astutia Cæsarum, melius, & Tacit., 1. *annal. cap.* 15. & Sueton. *in Tiber. cap.* 30. disces. Quibus modis Senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib.* 14. *cap.* 7. In notis SC. D. *Senatusconsultum decrevit*. Grot.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quando & unde Senatus Juris condendi auctoritatem acceperit?*

CONstat, jus legis ferendæ, stante adhuc Repub. solius populi, non senatus fuisse: cui quidem, ut consilio publico, permissum erat de iis rebus, quæ ad constituendam Rempub. pertinebant, cognoscere atque decernere; sed ita, ut quæ majoris momenti viderentur, non aliter rata essent, quam si ea aut populus aut plebs confirmasset. Polyb. *lib.* 6. *cap.* 12. Dion. Halic. *l.* 4. & 7. nec ullo senatusconsulto aut novum introductum aut vetus sublatum legimus: ac ne Julio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantum aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est, quod Bodinus *l. 1. de repub. cap.* 10. scribit, Senatui Romano ab exactis urbe Regibus usque ad Tiberii Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum, nec plebem tenerent, & manifeste fallitur D. Connan. *l. 2. c. de senat.* Senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam Dion. Halic. *d. l.* 4. expresse scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua tantum fuisse, nisi rogatione ad populum vel ad plebem vim legis adipiscerentur. Quid igitur est, quod Jurisconsultus scribit in *l. non ambigitur 9. de leg. Non ambigi Senatus jus facere posse?* Non potuit integra adhuc Repub. sed tum demum posse cœpit, cum comitia e campo ad Patres translata sunt; quod a Tiberio primum factum esse testatur Tacit. *l. 1. annual. c.* 15. Quippe Cæsar Dictator, auctore Suetonio, in Jul. c. 41. jus comitiorum non in totum populo ademerat, sed cum eo partitus erat. Atque idem jus bellis civilibus diu intermissum reduxerat Augustus, sic enim accipio quod idem Suetonius *c. 4. in Aug.* scribit; *Augustum jus pristinum comitiorum reduxisse*; eumque Suetonii sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius, ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *Nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tributum fiebant.* Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quamquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum, quod vel unus Tacitus nos doceret potest, & arguunt orationes Principum in Senatu haberi solitæ, in quas senatusconsulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipubl. forma, hæc potestas Senatus exolevit, atque a Leone Philosopho etiam nominatim Senatui adempta est. *Nov. Leon.* 78.

Nam cum auctus [illegible]; at [illegible] Nam ex Livio *l. 1. c.* 17. Dionys. Halic. *l.* 2. & p. 392. discimus, senatusconsultorum primordia vetustissima esse: legemque jam inde ab urbe condita fuisse, quæ omnia in Senatus potestate ponebat, præter Magistratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortassim hoc dicere Justinianus voluit; quod & Pomp. in *l. 2. §. deinde 9. de orig. jur.* aucto populo in eum modum ut difficulter jam omnes convenire possent, necessitatem eo rem deduxisse, ut æquum visum fuerit etiam de iis rebus Senatum consuli, de quibus antea ad populum ferri solebat. Sed & hoc ipsum falsum esse, ex iis, quæ paulo ante diximus manifeste liquet, Potestatemque populi ad Senatum translatam astutia Cæsarum, qui ut Tranquillus in *Tiberio* scribit *c. 29. & seqq. Senatus potentiam augendo, suæ serviebant.*

T E X T U S.

De Constitutione.

6. Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem, quam lege regia, quæ de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hæc sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane ex his quædam sunt personales, quæ nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Aliæ autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.

N O T Æ.

6. Lege Regia) Ex *l. 1. ff. de constit. princ.* Lex Imperii dicitur *l. 3. C. de test.* De lege regia cognosce ex indice *leg. Roman.* Hotomani.

Per Epistolam) Epistola est rescriptum Principis, quo de jure consulentibus respondet; Ut passim *in Cod.*

Decrevit) Decretum Principis dicitur, cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis pronunciat; ut in *l. 3. ff. his quæ in test. del.* ἀπόφασις βασιλικὴ in Gloss. Basilic.

Edicto præcepit) Edictum est, cum Princeps motu proprio, ἐξ οἰκείας γνώσεως κινηθεὶς, aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. Theoph. & *l. 3. Cod. de legib.* & fere ad præfectos prætorios hujusmodi constitutiones diriguntur: ut in *l. 6. Cod. de secund. nupt.* & similib. VINN. Immo & ad Præsides dirigebantur edicta, ut *L. unic. Cod. Theodos. de Strator. Libr. 6. tit.* 31. quin & ad provinciales, veluti *L. 17. C. Th. de tiron. Lib. 7. tit.* 13. HEIN.

Personales) Hæ sunt, quæ privilegia Latinis dicuntur, eo quod veteres *priva* dixerunt, quæ nos *singula* dicimus. Gell. 10. *cap.* 20. Fest. in voce *prius*, & ibi Jos. Scal. *in annot.* alias jus singulare, *l. 16. ff. de legib.* Hujusmodi sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c.

F[illegible] irrogatae] Nempe graviorem ordinaria propter exemplum. Observa hic porro, privilegia non solum pro aliquo, sed etiam in aliquem dari posse, ut in Milonem a Pompeio, a Clodio in Ciceronem lata sunt.

Personam non egrediuntur]. Non producitur hoc jus ad [illegible], l. 24. ff. de [illegible]. Non transit ad successores. [illegible] l. 196. de reg. jur.

COMMENTARIUM.

1. *Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum.*
2. *Ge[illegible] constitutionum expositio.*
3. *Quid [illegible], tum quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & n. 5.*
4. *Principatum Romanum [illegible] esse in statu democratico, [illegible].*
6. *D[illegible] & de privilegiis sive & [illegible], nec non de moratoria praescriptione.*

LEGE Regia] Hæc eadem habet Ulp. *l.* 1. *de const. princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, [illegible] in eamdem sententiam senatusconsultum, qua lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionis, qui l. 53. de principibus loquens, [illegible], ut [illegible] latina [illegible]. Quod non nisi de verbis alicujus legis accipi potest. Eadem est, quæ lex imperii dicitur; l. [illegible], C. *de testamen.*

[illegible]] Hæc verba in eum Theoph. Hotom. Wesem. interpretantur in se, quod nimis argutum. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam [illegible] suam voluntatem omne imperium [illegible] transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla [illegible] simili pleonasmo junguntur, collegit Ger. Noodt. *Obs.* 1. 3. qui re[illegible], [illegible] valere, probante hanc [illegible] V. C. Card. Andr. Dabero *de Luc. JC.* [illegible] p. 524. HEINN.

[illegible] *Omne imperium & potestatem*] Ergo populus non [illegible] potestatem, eamque cum Principe communicavit [illegible], [illegible] illi sentiunt, qui populum non privative sed cumulative, potestatem suam in Principem [illegible] contendunt; qui error in notissima [illegible] principia [illegible], & [illegible] est quam [illegible]. Non equidem nego jura majestatis [illegible], ut non omnia in unum, quem Principem [illegible] populus, [illegible], sed quædam apud [illegible] aut populum remaneant, atque ita temperatum [illegible] imperium: sed eadem [illegible] necessario [illegible] & [illegible] nullo modo possunt. Nihil [illegible], quod Principes ab invitis populo [illegible] aut Domini [illegible], cum alio [illegible], auctore Dione *l.* 55. [illegible] examinavit D. G[illegible] lib. 5. de [illegible] minus jus illud [illegible], aut illa in jure condendo [illegible]. [illegible] enim tunc tempori[illegible] [illegible] Juvenalis *Satir.* 10. v. 77.

Qui dabat olim
Imperium, fasces, legiones, omnia nunc se
Continet, atque duas tantum res anxius optat,
Panem, & Circenses.

(2 *Quodcumque ergo Imperator*) Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio a causa finali, hoc est, a scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc aperte & directe Princeps agit, ut legem condat, & jus præscribat, quod fit non tantum cum generaliter & motu proprio quid constituit ad usum subditorum, quæ species constitutionis edictum dicitur, & lex edictalis, *l.* 6. *C. de sec. nupt.* [illegible] sed etiam cum respondet Magistratibus de jure dubio consulentibus. Quamquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit, vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune constituat, sed ut specie litem aliquam inter partes componat; & tam propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis id quod constituit, legis vigorem habet; *de const. Princ. l. ult. C. de leg.* cum a judicibus res judicatæ aliis non noceant: *tit. Cod. res int. al. act. vel non inter al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum: *l.* 2. *l.* 3. *C. de legib.* Vid. tamen Christin. *vol.* 2. *decis.* 67. *n.* 3. & *seqq.* & *vol.* 3. *dec.* 112. *n.* 8. & 9. Posterioris hujus generis duæ sunt species, & epistola, & decretum. Epistola proprie dicitur, cum privatis de jure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum [illegible], cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis sententiam pronuntiat: quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ A.A. scriptores [illegible] exemplum habemus *in l.* 3. *de his quæ in test. del.* VINN. Alia exempla exstant in *L.* 13. *ff. quod. met. caus. L.* 4. 1. *ff. de inst. hær.* Conf. Jac. Goth. *ad l. ult. Cod. Th. de offic. jud. omn.* ubi plenissime de modo, quod principes in decernendo observabant. HEINN.

(3 *Quædam sunt personales*) Cum dixisset, non ea tantum, quæ Princeps edicto præcepit, sed etiam quæ per epistolam constituit, cognoscens decrevit, vim etiam in aliis causis & personis habere: id nunc ex Ulpiano in *d. l.* 1. §. 2. *de const. Princ.* sic temperat, nisi aliam esse voluntatem & sententiam Principis appareat: esse enim constitutiones quasdam personales, quibus jus singulare in certæ alicujus personæ gratiam constituitur. Hæ sunt, quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod Veteres *priva* dixerunt, *quæ nos singula dicimus*, auctore A. Gellio *l.* 10. *c.* 20. & Festo in voce *privus*, ubi Jos. Scal. *in annot. Ostendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce privatum substituerunt*, ut in ea pro dom. c. 17. *Vetant leges sacratæ, vetant XII. Tabulæ leges privis hominibus irrogari*. At hodie legunt *privatis* c. 19. Idem 3. de leg. *Tantum majores in posterum providisse, in privatos homines leges ferri noluerunt. Cum Cicero scripsisset, in privatos homines. Subjicit enim: Id enim est privilegium. Postea interpretatur, ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Justinianus, hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi, nec personam egredi, quoniam non est mens sic Principis, qui solius puta Titii aut Sempronii causa aliquid constituit, ut id quod ita constituit, in universum pro jure observetur, aut [illegible]. Apparet vero ex ipsis verbis non agi hoc loco de privilegiis causæ aut rei, sed personæ, quibus sola personæ conditio locum facit: qualia sunt privilegia militum, doctorum, studiosorum, &c. Item immunitas certæ personæ tributa, *l.* 1. §. 1. *de jur. immun.* Jus tacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum est in bonis mariti, & nominatim a Justiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothe

pothecariis etiam tempore prioribus præfertur, *l. assi l. 12. C. qui pot. in pign.* Tale item beneficium est, quod parenti, patrono, marito, donatori, &c. concessum, ut in id tantum quod facere possunt, condemnentur; *leg. sunt qui, 16. & seqq. de re jud. l. 11. & seq. sol. matr.* Hæc & similia personarum privilegia, deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad successores transeunt; *d.d. ll. l. in omnibus 68. l. privilegia 196. de reg. jur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit; *l. 4. de vac. immun.* At quæ privilegia magis causæ quam personæ præstantur, ea hæredibus quoque & cæteris successoribus tribuuntur; *d. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 196. de reg. jur.* Cujus generis beneficia sunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ; *l. 4. §. 3. de censib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur; *l. tempus 29. de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impensas funeris; *l. pen. junct. l. funus jam. 31. §. ult. de rel. & sumpt. fun. &c.* de quo adi D. Pet. Fab. *add. l. in omnibus 68. & d. l. privilegia 169. de reg. jur.* Christin. *vol. 5. dec. 47. n. 30. seqq.* Usus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior est, ubi singuli regunt, quam ubi universi, propterea quod in statu populari major esse debet æqualitatis observatio. Quam ob causam etiam lege XII. tab. cautum fuit, *Ne privilegia irrogarentur*, teste Cic. *pro dom. sua*, quod Decemviros a Græcis accepisse ex oratione *Demosthenis contra Aristocratem* liquere potest. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam a populo aliquando ferebantur; sed nonnisi centuriatis comitiis: Cic. 3. *de legib. c. 19.* Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante Magistratum capere posset, quam per leges licebat. Sic Athenienses cum injuriari nullius testimonium admitterent, soli Xenocrati remiserunt jusjurandum; Diog. Laert. *in Xenocr.*

(5 *Ob meritum indulsit*) Tres personalium constitutionum species hoc loco proponuntur. Si quid Princeps alicui ob meritum indulsit: puta immunitatem ab oneribus publicis. Si quam pœnam irrogavit: puta graviorem ordinaria propter exemplum. Si cui sine exemplo subvenit, puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum, privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem a Pompeio, in Ciceronem a Clodio lata sunt; Cic. *pro dom. sua, c. 17.* Illud hic prætereundum non est, non ut quisque privilegium a Principe impetravit, ita & continuo id valere. (6) Nam primo rescripta Principum contra jus, vel utilitatem publicam elicita a judicibus improbari etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur, extra quam si prosint petenti, & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant; *l. 3. & 7. C. de prec. imp. off. l. ult. C. si cont. jur. vel util. pual.* ut licet cum læsione alterius, moratoria dumtaxat præscriptio debitori permittatur; ut est in *l. 2. C. de prec. imp. offer.* id est, exceptio dilatoria: excepto, non qua perimatur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatio ad solvendum debitori dato: *Brieven van respijt.* Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur; *l. 4. C. de rei.* quod & cautum Caroli V. *edicto 9. Maij 144. art. 32.* Secundo si Principi obreptum sit, celata scilicet veritate; vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit; *l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. ius vel util. publ.* Utramque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non credicitur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere: aut aliter quam si preces veritate nitantur: *l. 7. C. de div. rescr. l. pen. & ult. C. si cont. jus & l. ...* Groene w. *tract. de ll. abr.* Gail. *1. obs. 14.* Tuld. & Perez. *post DD. comm. ad d. tit. C. si cont. jus vel ut publ.* Ant. Fab. *C. suo ibid. d. fin. 1.* Christin. *vol. 2. dec. 74. & 76.* exemplum in *l. 1. ff. de natal. restit.* Hinc est, quod a Curiis rescripta ejusmodi aut rejici aut admitti, sive ut nunc loquuntur, interinari solent.

TEXTUS.

De Jure Honorario.

7. *Prætorum quoque edicta non modicam obtinent juris auctoritatem. Hæc etiam jus honorarium solemus appellare: quod qui honores gerunt, id est, Magistratus, auctoritatem huic juri dederunt. Proponebant & Ædiles curules edictum de quibusdam causis; quod & ipsum juris honorarii portio est.*

NOTÆ.

7. *Prætorum edicta*) Jus prætorium introductum est adjuvandi vel supplendi & corrigendi juris civilis gratia: *l. 7. §. 1. ff. de just. & jur.* exempla *in pr. & §. 1. infr. de bon. poss. §. 3. infr. de exh. lib. §. 9. infr. de hær. quæ ab intest. §. 3. infr. de leg. agn. succ.*

Non modicam auctoritatem.) Minorem tamen quam species superiores. Non edicta Prætorum non valebant ob auctoritatem populi aut Principis, sed tantum ob honorem Magistratus, qui non tam conditor est juris novi, quam custos & interpres conditi, *d. l. 7. §. 1. & seq. de just. & just. & jur. l. 2. §. 10. de orig. jur. l. 12. §. 1. ff. de bon. poss. l. 1. in fin. ff. ex quib. caus. maj.*

Ædiles curules) Ad distinctionem Ædilium plebis, Curabant ædes sacras tectas esse, aquas mundas, integros æquæductus, vias expeditas; Cic. 5. *in Verr. c. 14.* add. Liv. *lib. 6. in fin. & 7. in pr.* Varr. 4. *de ign.*

Juris honorarii portio) Jus honorarium genus est, cujus species prætorium & ædilitium. VINN. Immo & proconsulare. Nam & edictum provinciale Magistratus in suis quosque provinciis proposuisse nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Unde Prætori, & qualis condendi juris potestas?*
2. *Ædiles Curules qui & unde dicti?*
3. *Jus ædilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri?*

INter species juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium: quod tamen non raro ut species diversa, juri civili opponitur. Sed non est novum in jure nostro; ut idem nomen nunc latius, nunc angustius accipiatur, & quod de se positum nomen generis est, contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. Itaque cum jus civile a prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentem venit; per prætorium, quod illius juris adjuvandi, supplendi, corrigendi causa Magistratus introduxerunt, Papinian. *l. 7. de just. & jur.* (1. Unde autem Prætori juris condendi potestas? Neque enim Prætor aliud quam Magistratus fuit, juri dicendo, non condendo, quod

quod majestatis est, præpositus, custos juris civilis, non arbitror, neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legimus. Sic existimo, Prætores ab initio jure Magistratus edicta tantum proposuisse, de quibus rebus, & quomodo jus dicturi essent; *l.* 1. §. *eodem temp.* 10. *de orig. jur.* Progressu autem temporis, non obnitente populo, hoc simul usurpasse, ut edicendo etiam jus constituerent; ut tamen edicta eorum minorem longe vim, quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, *l. cum sponsus* 12. §. *de publ. in rem. act. l.* 12. §. 1. *de bon. poss.* sed tantum adjuvare, supplere, corrigere, *l.* 7. §. 1. *de just. & jur.* hoc est, rigorem juris civilis mitigare, & de iis, quæ legibus nec sancita nominatim, nec vetita essent, ex bono & æquo aliud statuere, etiam præter rationem juris civilis. Nam certe plus hic licuisse Prætori, quam vel Jurisconsultis vel Judicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam rationem juris civilis a Prætore introductæ, in quibus ante jus a Prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit; atque hinc est, quod edictum Prætoris nonnumquam lex appellatur, uti ab Ulpiano *leg.* 1. §. 2. *unde cog. & Cic.* 3. *in Verrem.* VINN. Vera hæc omnia, si de jure quæras. Neque enim quisquam dixerit, jus fuisse prætoribus, jura constituta abrogare. Sed ipso facto tamen abrogantur, & fictionibus, novis inventis vocabulis, restitutionibus in integrum Jus antiquum mutarunt, uti docuimus in *Antiq. Rom.* §. 24. *hoc tit.* Agnoscit hoc Dio Cassi. *Lib.* 36. *p.* 21. referens, quod Prætores ὅτι τὰ γραφέντα ἐκίνησαν; ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον. *Ne quidem jura scripta servarint, sed ea mutaverint sæpenumero.* HEIN.

Qui honores gerunt.) Jus honorarium ad honorem Prætorum nominatum esse, ait Papin. in *d. l.* 7. §. 1. quod, qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alii Magistratus, Censores, Consules Tribuni, edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est: nec dubium, quin secundum ea jus dictum fuerit; attamen quia soli Prætores juris dicundi causa creati sunt, totaque fere jurisdictio penes Prætores erat, hinc factum arbitror, ut jus omne, quod a jurisdictione venerat, non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii continerentur.

Ædiles Curules.) Curules, ad distinctionem Ædilium plebis: nam ædilitatem curulem patricium Magistratum fuisse constat ex Liv. *innu. l.* 7. *dec.* 1. Ædiles autem dicti a potissima parte procurationis eorum, quod ædes sacras & privatas sartas tectas esse curarent. Auctores Festus & Varro *l.* 4. *de lign. Latin.* nam & alia ad manus eorum pertinebant, quæ recenset Cic. *l.* 5. *in Verr. c.* 24. & Grach. *l.* 1. *de comit. Rom.* (2) De veriverbio vocis Curules, non magnopere laborandum: sive enim a Curia, sive a curru, quo vehebantur, sive a Sella curuli, in qua sedebant, eam deducas, parum refert.

De quibus tam caveat.) De rebus, maximeque mancipiis & jumentis vendendis, item de animalibus feris coercendis, qua vulgo iter fit, edictum satis celebre & exstat in *lib.* 21. *ff. tit.* 1.

(3) *Juris honorarii portio.*) Jus ædilitium appellatione juris honorarii proprie continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet: *l.* 5. *in pr. de verb. oblig.* non quidem verbi significatione, (neque enim Ædiles Prætores erant) sed sententia scribentis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in *d. l.* 5. prætorias stipulationes sic exaudiri oportere, ut in his etiam contineantur ædilitiæ: *Nam & hæ*, inquit, *a jurisdictione veniunt*: innuens id, quod de prætoriis tamquam principali earum specie, dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis, quarum interponendarum eadem sit causa & origo, jurisdictio nimirum magistratus.

TEXTUS.

De Responsis Prudentum.

8. *Responsa prudentum sunt sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere; nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est, qui Jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responsis eorum non liceret, ut est constitutum.*

NOTÆ.

6. De jure respondere) Cujac. Hotom. Wes. ex libris veteribus, *jura condere*. Theoph. νομοθετεῖν, sed ut recte idem, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem.*

Antiquitus constitutum.) Male *institutum*, nulla enim lege id constitutum, sed more majorum institutum fuit: dictaque hæc pars in specie jus civile, *l.* 2 §. 5. *ff. de orig. jur.*

A Cæsare.) Primus D. Augustus constituit, ut ex auctoritate principis responderetur, *d. l. circa fin.*

Quorum omnium) Aut utique plurium: *un. c. Theodos. de Respons. prudent.*

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum a capite accersita.

POstrema juris scripti pars sunt responsa prudentum. Cujus juris originem operæ pretium est a capite accersere. Latis legibus XII. tab. quæ perbreves erant & obscuræ, cœpit (ut naturaliter evenire solet) ut interpretatio desideraret prudentum auctoritatem, necessariaque esset disputatio fori. Hæc disputatio atque hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pompon. *L.* 2. §. *his legibus*, 5. *de orig. jur.* Unde primo intelligimus, interpretationem juris dumtaxat prudentibus permissam fuisse, non juris proprie condendi potestatem: at neque hanc earum interpretationem statim pro jure acceptam, sed ubi ea in foro agitata & recepta esset; quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait, quod tamen pars juris scripti, quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, *argum. leg.* 6. §. 1. *de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu recte opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in judicando potuisse recedere, utpote quæ partem constituerent juris civilis, neque non

nunc

mine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, ante tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus quo major esset juris auctoritas, primus constituit, ut ex sua auctoritate responderetur. Post quod tempus peti pro beneficio, & a Principe jus respondendi dari cœpit, ut in *dict. leg. 2. circa fin.* idem Pompon. scribit, quam ob causam nonnulli existimant ex eo demum tempore responsa auctoritatemque Jurisconsultorum inter partes juris scripti numerari cœpisse. Nunc verba hujus §. inspiciamus.

Permissum erat de jure respondere) Hoc ad tempora liberæ Reipub. referri non posse, ex jam dictis liquido apparet: sed ad posteriora referendum, postquam nimirum D. Augustus hoc jus a Principe peti voluit. Fallitur Theophilus, dum putat, hoc jus a populo aut Senatu concessum fuisse.

De jure respondere) Veteres codices, (auctore Div. Pacio) habent *Jura condere*, id est, νομοθετεῖν, non male; nam & consulti quodammodo jus condebant: nempe, ut recte Theophilus, κατὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν, *per consultationem & responsionem*: quo sensu etiam juris conditores nonnumquam appellantur, *leg. nulla 23. C. de proc. leg. si furiosi 22. Cod. de nupt.* Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant, non ex propria eorum auctoritate statim valuit, aut vim legis habuit; sed tum demum habere cœpit, cum usu forensi receptum esset: erantque adeo toto judicio qui tantam Jurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant, ut novum etiam jus condere docuerint, per *leg. ult. Cod. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur, quod antea non habuerint; sed tantum relinquitur pristina legum interpretandarum facultas, add. D. Gudelin. 5. *de jure nov.* 2.

Constitutum erat) Male *institutum*, ut nonnulli codices habent: nulla enim constitutione tale quid sancitum fuit.

Jurisconsulti) Item Jurisperiti & prudentes, & auctores juris, modestiæ quoque causa juris studiosi appellari amabant; fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν sed φιλόσοφον dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quam discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de assess. l. 9. §. 4. de pæn. l. 4. extr. cogn.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve judicium accipi, add. Cujac. 7. *observ.* 25. Revard. 2. *conject.* 10.

Quorum omnium) Aut utique plurimorum; nam singulorum sententiis eam vim tribuere perquam absurdum; & videtur Justinianus, ut verba postrema hujus §. arguunt, respicere ad constitutionem Theodosii, quæ extat *in leg. unic. Cod. Theod. de resp. prud.* VINN. Immo omnino omnium, quibus jus respondendi a Principe datum, opiniones & sententiæ judicem obligabant, eo modo, uti hodie in Germania sententiæ a collegiis juridicis conceptæ. Theodosii constitutio non ad responsa & sententias JCtorum, sed ad scripta veterum inter se dissentientia, in judiciis allegata pertinet. HEIN.

TEXTUS.

De Jure non scripto.

9. Sine scripto jus venit, quod usus approbavit: nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.

NOTÆ.

9. *Diuturni.*) Propria hæc sunt epitheta consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata: quanto autem tempore inducatur, jure nostro definitum non est.

Legem imitantur) Id est, legis vim & affectum habent, *l. 32. & seq. ff. de legib.* Quin etiam plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant, testatur Arist. 3. *Polit. c. ult.*

COMMENTARIUS.

1. *Juris scripti seu longa consuetudine introducti quanta, & unde auctoritas? & n. 2. & 5.*
3. *Ad jus consuetudine introducendum opus esse probabili Superioris scientia.*
4. *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendum consuetudinem necessarii.*
6. *Applicatio superioris divisionis ad jus civile Batavorum.*
7. *An plures species juris, quam quæ memoratæ? & de æquitate, & communi opinione.*

(1) SIne scripto.) De quibus causis scriptis legibus non utimur: id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quibus 24. de legib.* Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur; quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. immo magna 36. eod. Usus est*, inquit alicubi Livius, *gravissimus juris censor, & explorator, ut non possit non æquum esse & utile, quod is probavit; sæpius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Pol. ult.* scribit, *plus valere, & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobatæ sunt, quam quæ scripto constant.* Dicitur autem hoc jus non scriptum, non quod scribi non possit, sed quod scribi necesse non sit *d. l. 36.* Utique tamen utile est scripto id comprehendi ad lites & sumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consuetudines non modo scriptas, sed etiam commentariis illustratas circumferri Neque tamen id circo consuetudo fit jus scriptum, quod legem appellamus; quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur; & facilioris tantum probationis causa scripta intelligitur. VINN. Non fit jus scriptum per scripturam, quia non per modum legis publicatur, νόμος γράφειν enim est *Leges publicare*. Vide supra ad §. 3. lit. t. HEIN.

Consensu utentium) Nimirum tacito. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem; unde quoad vim & effectum inter hæc duo nihil interest. (2) Quid enim refert, ait Julianus in *dict. leg. de quibus 32. suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis & factis?* Populum autem etiam hic intelligere debemus nullius imperio subjectum; nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quam expresso legem. Hinc, quia ejusdem est legem tollere, cujus est condere recte rescriptum

ptum est in l. 2. Cod. quæ sit long. consf. legi a Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est, Julian in l. 1. de quib. 32. respexisse ad anteriora tempora, quibus populus [illegible] erat, aut ad ea jura, quæ nondum [illegible] moribus introducta sunt; qualis est pupillaris [illegible], l. 2. de tut. & pupil. [illegible]. item querela inofficiosi testamenti l. 8. in pr. de inoff. test. [illegible] damnationis inter virum & uxorem [illegible], l. 1. [illegible] & quæ sunt generis ejusdem. Fortassis etiam jura municipiorum consideravit, quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub Imperatoribus, ut notavi sup. §. 1. Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio, qui argumentatur a jure suffragii ad jus introducendi consuetudinem. Proinde in statu populari jus consuetudinis introducendæ, quæ 3 instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico, aut Optimatum, non item: sed in ea introducenda probabili Principis aut Senatoris scientia & patientia requiritur, ut recte D. Wesenb. par. de legib. num. 9. & D. Gail. in. l. 5. de jur. [illegible] c. 2. per d. l. de quib. 32. & d. l. 2. C. quæ sit long. consf. etsi quod non requiratur scientia Superioris, communior opinio est, quam post Schneid. hic n. 2. probat D. Tuden. ad d. tit. [illegible] num. 1. & in judicando secuta est suprema Curia [illegible] D. Christ. vol. 2. dec. 55. n. 5. & 6. neque D. [illegible] Gail. 2. obs. 31. Myns. 6. obs. 41. & seq. hoc inter requisita consuetudinis numerant. Plane quatenus [illegible] statuta condere possunt, ne consuetudine statuta [illegible] prohibentur, aut ante statuta tacite abrogare.

4 *Diuturni mores.* Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna, longa, inveterata. Nam cum tantum tacito consensu populus inducatur, necesse est ut is consensus ex factis & tractu temporis appareat. Et quia hoc respectu consuetudo facti est, probari quoque debet, atque ad eam probandam multum confert, si ea judicio contradictorio aliquando firmata sit l. cum de consuetudine 34. de legib. Quantum autem temporis & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur, inter interpretes non satis convenit. D. Cujacius [illegible] 10. Hotom. hic, tantum temporis requirunt, quantum superstitum hominum ætas [illegible] memoria comprehendit, per l. 1. §. ult. [illegible] l. 2. [illegible] plur. arc. Vulgo, testibus Div. Gail. 2. obs. 31. Myns. 6. obs. 41. Schneid. hic num. W[illegible] par. de legib. n. 9. arbitrantur consuetudinem introduci [illegible], aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut recte Div. Anton. Fab. 1. conject. 2. pr. 11. notat, in hoc illi omnes errant, quod **consuetudinem cum præscriptione juris confundunt.** Præscriptio enim nemini jus acquirit nisi præscribenti, & in eos duntaxat, contra quos præscriptum est, & in tantum, in quantum præscribens possidit vel [illegible]. Consuetudo vero acquirit jus in universum omnibus [illegible] omnes in eo casu: quia cum sit lex [illegible], leges imitantur, leg. ult. Cod. quæ sit long. consf. Quare [illegible] cum D. Cujac. 26. obs. 1. [illegible] num. 20. [illegible] judicis arbitrio [illegible], qui pro negotii qualitate [illegible] tempus statuere possit, & [illegible], modo adsit [illegible] & [illegible] Anton. Fab. [illegible] nam [illegible] 32. de legib. [illegible] consuetudine introducenda non [illegible] vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eamdem rem & controversiam observata sunt, l. 1. C. quæ sit long. consf. & observata tenaciter, **hoc est, perpetuo similiter,** *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, **quantumvis judiciales & notorios,** quæ communis est opinio probata item a Gail. & Myns. *ad loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. Cod. de bon. auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* eleganter Div. Diod. Tuden. *in comm. ad hunc tit. cap.* 4. Illud majoris partis consensu & recte receptum est, cum de consuetudine probanda quæritur: **necesse non esse probare, eam aliquando firmatam fuisse** judicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert, quod non etiam intervenerit res judicata? Quod si tam certum jus fuerit, ut de eo numquam apud judicem dubitatum sit: an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio approbatum? *leg. immo magnæ 36. de legib.* Consilii igitur est, non necessitatis quod scribit Ulpianus in *l. 34. ad tit.* cum de consuetudine quæritur: primum explorandum esse, an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat, **ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem,** scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes, **quibus consuetudo tum probata est. Et secundum hanc opinionem in Camera judicatum testatur** Gail. 2. *obs.* 31. *num.* 8. add. Myn. 6. *obs.* 41. *num.* 15. Schneid. *hic n.* 6. **Christ.** *vol.* 4. *dec.* 187. *n.* 7. *& seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem asserunt. Ita quoque judicatum refert Radelant. *Tra ct. dec.* 3. *n.* 4.

5 *Legem imitantur.* Id est, vim & effectum legis habent. Itaque non hic solus consuetudinis effectus est, quod jus novum, de quo nihil ante cavebatur, inducat; sed etiam quod latam antea legem abroget: *§. pen. inf. eod.* **Est & alius item consuetudinis effectus, in jure scripto nimirum interpretando: Nam si de interpretatione dubiæ alicujus legis quæratur,** monemur in pandis inspiciendum esse, *Quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit*; optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *leg. si de interpretatione 37. & leg. seq. de leg.* **minimeque mutanda,** quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minime 23. eod.*

6 Nos item in his regionibus aut scriptis legibus **utimur, aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales** sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent; aut speciales, quæ sunt **propriæ alicujus loci, aut privilegia certis Corporibus,** Collegiis, Civitatibus, aut Regionibus: itemque **certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut** viduis, pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales **leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea** potestas sub nomine Comitum aut summorum magistra**tuum legitime delata est. Sed & sine hac delatione,** Præfecto Provinciæ una cum Præside aliisque Curiæ Provincialis Senatoribus jus est, de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis quæ ad usum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas atque expediendas, ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte a reip. jam ab initio mandata

data

data fuit, Merul. *lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. add. Christin. *vol.* 2. *dec.* 51. *num.* 8. & *decis.* 65. *n.* 3. & 4. nisi hæc Curiæ decreta speciales potium leges dicendæ cum D. Grot. 1. *manud.* 2. Speciales leges non tantum Ordines condant, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus; verum etiam Prætores & Baillivi de sententia Magistratuum urbanorum legitime congregatorum in sua quique civitate leges locales quas *Keuren* appellamus, condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros colentium, *Welgeborem Mannen*, Prætores pagani cum Scabinis in agris, & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, qui summæ Reip. præsunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ consuetudines & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter conjuges: partim speciales quale est jus retractus, quod in Rhinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano observatur, D. Merul. *d. lib. tit.* 4. *c.* 1. & *seqq.* Grot. *d. loc.* Quod si de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus nostris definitum est, jus commune, hoc est, Romanorum sequendum est: auctore Div. Grot. *d. l.* ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 343. Gudel. *lib.* 1. *de jur. nov. c.* 13. & *lib.* 3. *cap.* 13.

Et hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis e Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint, dubitari potest. Video enim, a nonnullis inter partes Juris non scripti præter consuetudinem, quæ sola a Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas, sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum, præsertim sæpius judicatarum, non vilis est auctoritas: vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt, quod inter alios, simili aut ejusdem generis controversia mota, sequi necesse sit; *tit. Cod. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo* 13. *C. de sent. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *n.* 5. & *seq.* Sed nec æquitas proprie dicta hujus juris pars est. Est quidem ἄγραφον quia scripta non est; sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem Juris civilis. Quod ut planius intelligatur, observandum est, nomen æquitatis dupliciter accipi; vel in genere pro æquo quod cum omni jure conjunctum est; vel in specie pro eo, quod a jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit, nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur, quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cic. *in Topic. cap.* 2. jus civile definit *æquitatem constituentis iis, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem & proprie accepta æquitas juri opponitur: non scripto, ut male nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æquum & bonum humanitas, benignitas: & ab Aristotele 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τῶ νομίμου δικαίου *juris legitimi correctio.* Cujus usus elucet cum in verbis legis ex sententia extendendis & ad casus similes producendis, ubi lex minus scripsit, plus voluit; tum in verbis restringendis, ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem, minus voluisse, maxime vero in benigna legum interpretatione, earumque ad singulas facti species accommodatione: tali tamen, quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. & *seqq. de leg.* item *l.* 17. & *multæ seqq. eod.* Atque hinc etiam petitur conciliatio *leg. placuit, Cod. de judic.* cum *l.* 1. *de leg.* & *l. prospexit* 12. §. 1. *qui & a quib. man.* Gudelin. 5. *d. jur. Nov. cap.* 2. Christin. *vol.* 2. *dec.* 61. *l.* 3. & *seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid a jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis, quam in parte aliqua juris constituta; unde & nomen ejus boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem recte Aristoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ, quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse est, ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea sit & flexibilis, eam structuræ, cum usus est, accommodant, nec semper ad normam exigunt structuram: quod Guil. Budæus initio *annot. propr.* opulentius explicat. Ea quæ de auctoritate communium opinionum hic disputari solent, in medio relinquo. Unum dico, etsi non vile esse debet, quod plures sentiunt, & id judicium integrius haberi, quod plurimum sententiis comprobatur: Clem. 1. *vers. quod etiam de sentent. excomm. l.* 1. *in pr. de off. quæst.* non tamen usque adeo valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, *arg. leg.* 2. *C. quæ sit long. cons.* vid Menoch. 2. *præsumpt.* 71. *num.* 24. & ibi citatos D. Diod. Tulden. *hic. c.* 7. late Oliv. Hill. *notat. in Don. lib.* 26. *c.* 2.

T E X T U S.

Ratio superioris divisionis.

10. *Et non ineleganter in duas species Jus civile distributum esse videtur. Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet & Lacedæmoniorum fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem ea, quæ legibus observabant, memoriæ mandarent: Athenienses vero ea, quæ in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

N O T Æ.

10. *Non ineleganter*) Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov.

Lacedæmonii.) Lacedæmonii scriptis legibus usi sunt atque una τῶν καλουμένων ῥητρῶν hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις; *Scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. pag.* 47.

COMMENTARIUS.

1. *Error Triboniani notatus.*

Exactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti quam lege lata; donec placeret publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a Græcis civitatibus. Itaque legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, & aliarum civitatum Græcarum instituta, mores, juraque cognoscerent; Pomp. *l.* 2. §. *exactis* 2. *de orig. jur.* Liv. *l.* 3. *cap.* 31. *seq.* Hæ leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales, & 12. tab. sunt appellatæ; fons omnis publici privatique juris auctore eod. Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum

eorum ab Atheniensibus, non scriptum a Lacedæmoniis accedit. (1) Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges proprie dictæ & expressim sancitæ; quamvis eas non scribi, sed in memoria conservari voluerit legislator earum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis quam mores Atheniensium aut aliarum Græciæ civitatum, unde legati Romani olim leges petierunt. Nam non minus mores quam leges horum populorum, descripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis lege decemvirali perlata, partem juris scripti Romanorum constituerunt. VINN. Sed vereor, ne perperam dicam scribatur Triboniano, ac si Romanos jus non scriptum a Lacedæmoniis; scriptum ab Atheniensibus accepisse statuat. Distinctionis potius nomen in ἐγγράφως & ἀγράφως originem ab his civitatibus derivat. Et sane Lacedæmonii jure non scripto usi sunt, teste Plutarcho in Lyc. p. 47. quamvis alio sensu, JC Romani. *Eius* ergo in hoc §. usurpatur pro *ejus rei*, nec ad τὸ jus civile referendum. HEIN.

T E X T U S.

Divisio Juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

N O T Æ.

11. *Divina Providentia.*) Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non secundarium, quod usu exigente inventum.

Immutabilia.) Jus naturale semper & ubique Justum est, & fuit: unde nec quod jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.* 2. Addi tamen ei aliquid potest, aut detrahi, *l.* 6. *ff. de just. & jur.*

Tacito consensu.) Non tantum novum Jus longo usu introduci potest; sed id etiam, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, *l.* 32. *ff. de leg.*

Alia post lege lata.) Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus; *leg. ult. ff. de constitut. Princ.* Hermogen. *lib.* 1. *tit.* 1. Varro *lib.* 8. *de lingua*; *An non sæpe veteres leges abrogatæ novis cedunt?*

COMMENTARIUS.

1. *Jus naturale seu jus gentium primævum immutabile esse, non item jus gentium secundarium, nisi proportionaliter.*
2. *Immutabilitatem illam præcipue apparere in notionibus divinitus animis hominum impressis: quod exemplis declaratur.*
3. *Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.*
4. *Expediatne leges aliquando mutari?*

EXposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode hoc loco subjicietur alia quædam differentia, quæ in effectu cernitur.

Quasi divina providentia constituta.) Hoc est, quæ ab incorrupta ratione, a simplici illa notitia mentibus nostris divinitus impressa promanant. Jus quod nobiscum natum est, non ab hominibus excogitatum, cujus Deus est inventor, disceptator, lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de repub.* Apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* hujusmodi jura θεῖοι νόμοι dicuntur. (1) De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt; non secundario, quod usu exigente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu dumtaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsum communia ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt; uti factum circa omnia fere ἀδιάφορα de quo suo loco disseremus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως immutabile dici potest, & utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

Immutabilia.) Jus naturale semper & ubique justum est & fuit: nec aliud hic, aliud Romæ, aliud Athenis, aliud nunc est, aliud posthac erit. Nam ut recta ratio insita a natura & diffusa in omnes constans est & sempiterna, ita & quod ea præscribit, semper atque ex se justum est atque immortale. Quamobrem nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari, ut recte Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in *l.* 6. *de just. & jur.* jus civile *in totum a jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium, quod Jurisconsult. addit; jus civile *non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid, aut detrahere.* (2) Nam illa additio aut detractio nihil aliud est, quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam Reip. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen permanet τὸ αὐτοδίκαιον quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notiones, in quibus hæc constantia, atque immutabilitas præcipue elucet. Covarr. *de matrim. p.* 1. *c.* 6. §. 9. *n.* 7. Belle Michael Ephes. *ad* 5. *Ethic.* Albert. Bolong. *c.* 16. *de leg. jur. & æquit.* §. 16. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; *Deum colito*; *Liberi potestati patris subjecti sunto*; *Pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt. Tantum in modo applicandi, de quo lex naturæ nihil definit, varietas aliqua apparet propter varietatem constitutionum civilium; uti scilicet hoc vel illo ritu externo adhibito, Deus colatur: ut patribus in liberos vel eadem, quæ dominis in servos, potestas sit, & quodcumque per filium acquiritur, id acquiratur patri: vel ut jus tantum pater habeat filium modice & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo, ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita, ut vulgo loquuntur. Ait Justinianus, nihil tam conve-

niens

niens esse æquitati naturali, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, §. *per traditionem*, 40. *inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem, quæ quingentos solidos excederet, non aliter ratam esse voluit, quam si actis sit insinuata §. 2. *inf. de donat.* Hoc, inquam, facto non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislator omnes spectant, tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahitur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale *modificari*, *declarari*, & *provisionibus adjuvari posse*; sic enim loqui amant Jo: Fab. Aug. & alii *ad hunc* §. Sexcenta ejusdem generis exempla afferri possent: occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis; sed hæc pauca e multis retulisse, puto rei declarasse sufficere. Illud etiam sciendum est, esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnumquam usuvenire, ut inter se hæc occurrant, & invicem obstent, verbi causa: Lex naturalis est; *non occides*, est & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc consensu lex inferior superiori cedat necesse est. Wesemb. *par. de just. & jur. n. 5.*

(3) *Tacito consensu*: Quamobrem non tantum jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in *l. de quibus 32. de leg.* nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod supra diximus, cessante jure suffragii non tantum cessare jus populi in lege palam ferenda, verum etiam in consuetudine contra jus a Superiore constitutum introducenda; quoniam ejus solius est legem tollere, cujus est condere, ita cape *l. 2. C. quæ sit long. consf.* aut de consuetudine alicujus municipii, *fac l. 3. §. Divus 5. ff. de sepulc. viol.*

(4) *Alia lege lata*) Expediatne leges mutare, aut quando expediat, politicæ disputationis est: cujus tamen quæstionis decisionem suggerit Ulp. in *l. 2. de const. princ. In rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est.* Eaque consentiens est politicorum omnium sententia, Plato *lib. 7. de legib.* Arist. 2. *pol. 6. in fine* Bodin. 4. *de rep. 3.* Lipf. 2. *pol. 9.* Connan. 1. *com.* 2.

TEXTUS.

De objectis juris.

12. *Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Et prius de personis videamus: nam parum est ius nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTÆ.

12. *Vel ad personas*, &c.) Distributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata, ex *l. 1. ff. de stat. hom.* Omne jus redditur personis de rebus per actiones & judicia. M. VV.

COMMENTARIUS.

HOC §. transitus fit a jure constituente ad jus constitutum, & methodica quædam via pro materiæ diversitate circa quam illud versatur, ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Gajo in *l. 1. de stat. hom.*

Vel ad personas &c.) Distributio ex objectis, ut apparet, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam sæpe diximus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primum scire, quid sit suum cujusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus, sed ex jure, quod quisque vel conditione & statu personæ suæ habet, vel ratione rerum externarum. Conditione personæ multum inter se homines differunt: alii enim liberi sunt: alii servi; liberorum alii ingenui, alii libertini, alii patres familias, alii filiifamilias: patrumfamilias, alii in tutela, alii in curatione, alii in neutro eorum. At pro diversis hujusmodi qualitatibus diverso quoque jure in civitate censentur; quod quia statum ac conditionem personæ sequitur, jus personarum appellatur: deque eo deinceps hoc primo libro disputabitur. In rebus externis quod cujusque est, id aut est jus reale, nempe dominum aliudve in rem aliquam jus; aut personale dumtaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud Div. Grotio est *Bohezring.* hoc *Inschuldt*: 1. *manduct. cap. 1. & 2. cap. 1. circa fin.* Nimirum ergo huc pertinet non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per Universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium admittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib. 2. 3.* & parte *quarti* usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio, sive extra judicium auctoritate Magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM.

Conc. Tit. 5. lib. 1. Dig.

Continuatio. Quid hic persona? quid status, & jus personæ?

IN calce posita titul. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro, & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit a personis, quarum causa cætera constituta sunt. Is titulus ejusdem plane argumenti inscribitur de *statu hominum*. Unde intelligimus personam hic, non qualitatem civis, sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter: eamque appellationem tam servo competere, quam homini libero: sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l. 3. pr. ne quis eum qui in jus voc. l. potestatis 215. de verb. sign. l. 22. de reg. iur.* item jus personæ hic esse, quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio,

dino, aut qualitas, quæ efficit, ut hoc vel illo jure utatur, ut esse liberum, esse servum, esse ingenuum, esse libertinum: esse alieni, esse sui juris. Itaque status rationem causæ, ius effecti habet. VINN. Jure veteri discrimen erat inter hominem & personam. *Homo* dicitur, quicunque contigit in corpore humano mens humana. Et sic sola monstra negantur esse homines, *l. 14. ff. de stat. hom.* At *persona* est homo, statu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis* est, vel *civilis*. Quoad naturalem, servus persona dicebatur; (uti in legibus ab auctore allegatis, & *princ. hoc tit.*) non quoad civilem. Quia enim nec libertatis, nec civitatis, nec familiæ particeps erat servus, hinc res *mancipi*, Ulp. *frag. tit.* 19. §. 1. *ἀπρόσωπος* Harmenop. *Lib.* 7. *tit.* 6. immo *nullus l.* 3. *ff. de reg. jur.* *sine capite*, §. 4. *instit. de cap. dim.* denique *mortuus l.* 209. *ff. de reg. jur.* habebatur. HEINN.

T E X T U S.

Prima divisio personarum.

Summa itaque divisio de jure personarum hæc est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.

N O T Æ.

Jure personarum. Id est *de statu hominum*, status rationem causæ, ius effecti habet; status est ipsa personæ conditio, ius, quod hanc conditionem sequitur.

Summa divisio. Id est, prima & principalis, vel generalissima, πρῶτον καὶ ἀνώτατον, 46. *Basil. tit.* 1.

Liberi aut servi. Ex *leg.* 3. *ff. eod.* Adscriptitios, de quibus *lib.* 11. *Cod.* alii in liberorum, alii in servorum numero ponunt.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Adscriptiti cujus conditionis habendi? & num. 3.*
2. *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

(1) **S***umma*) Id est prima & principalis, vel etiam generalissima; nam reliquæ sunt secundariæ aut speciales. De agricolis & adscriptitiis quæri solet, quibus comprobandi? Et quod in re non dissimili respondet Ulp. *l.* 10. *hoc tit.* etiam hic responderi potest. Ejus conditionis æstimandos esse, quæ in eis prævalet: Non enim una agricolarum coloniis addictorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti, hi coloni, illi fere adscriptitii dicebantur. Adscriptitii quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani; de quibus proprii tit. *lib.* 1. C. Adscriptitii tributarii erant, id est, capitis censum sive capitationem præstabant; coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo dominio terræ solvebant. Consule Cujac. *ad tit. Cod. de agric. & cens.* Gregor. Tolos. 14. *synt.* 10. & omnino Christin. *vol.* 5. *decis.* 86. *& seq.*

(2) *Servi*) Videmus igitur & hic in *l.* 4. *eod.* unde hæc sumpta, non solum liberos, sed etiam servos ad primum juris objectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro & in commercio sunt quam reliqua, quæ in bonis habemus, adeo que quadrupedibus eos exæquat Cajus in *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Unde effici videtur, ut servi non ad personas, sed ad res referri debeant, non ad primum, sed ad secundum juris objectum. Sed nimirum duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ: & qua persona, quatenus puta cognatus dicitur, *l.* 4. §. 2. *& seqq. de rit. nupt.* quatenus liber fieri, hæres, institui, &c. contrahere, & dominum de peculio obligare, ipse iterum naturaliter obligari & alios sibi obligare potest, *l.* 14. *de oblig. & act.* Prout igitur consideratur, ita vel ad primum, vel ad secundum objectum pertinet. VINN. Recte. Prout servo tamquam homini, status vel naturalis tribuitur, vel civilis: & potest, & non potest persona vocari, & vel ad primum, vel secundum juris objectum referri, vid. sup. *Not. ad rubr. h. t.* & conf. *l.* 32. *ff. de reg. jur.* HEIN.

(3) In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis quamvis nulli amplius servi sint; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticani plebæ addicti & quasi proprii illius locis, cui adscripti sunt; ut in Pannonia, teste D. Gudelino 1. *de jure nov.* 3. in Burgundia & multis partibus Galliæ. Hi enim sunt vocant, *Gens de main morte*, *Homines manus mortuæ*, de quibus Chass. *ad cons. Burg. rubr.* 9. §. 27. Germania quoque ejusdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis similes esse quam mancipiis, scribit D. Vigilius ad §. *sed cum aliquis inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis comparat *d. dec.* 86. *n.* 18. Sed vide Zas. *lib.* 1. *sing. resp. c.* 3. *n.* 75. *& seqq. & l.* 2. *c.* 7. *n.* 8. Gail. *de pignorat. c.* 8. VINN. Immo homines proprii Germanorum sunt vere servi, quamvis non conditionis Romanæ, sed Germanicæ, id est tales, quales jam olim in Germania deprehendit Tacitus *Mor. Germ. cap.* 25. Glebæ vel prædio adscripti cum posteris, debent censum, operas, maritagium, mortuarium, vel præcipuum ex hæreditate. Coerceri possunt a Dominis, sed non occidi. Nec omnia Dominis acquirunt, sed ea quæ diximus. Cætera liberi, & jure connubii, & commerciorum & ipsius testamenti factionis gaudent. Vid. Porgiess. *de stat. & condit. serv. in Germ.* Cels. Thomas & Hert. *de homin. propr.* GEINN.

T E X T U S.

Definitio libertatis.

1. *Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere licet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur.*

N O T Æ.

1. *Facere libet.* Effectus libertatis est, facere quodlibet; est enim potestas vivendi, ut velis, Cic. *in Paradox.* Arist. 1. *polit.* 9. Zeno apud Laert. breviter, *ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi.*

Nisi si quid vi. Finge non vinciri, usum rerum nostrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

Jure. Οἱ γὰρ νόμοι ... Arist. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. *pro Cluent. cap.* 53. Indicat hanc exceptionem illud Persianum: *Sat.* 5.

Excepto si quid Masuri rubrica notavit.

COMMENTARIUS.

EX *qua etiam liberi*) Non ex vocabulo, sed ex re ipsa quæ vocabulo designatur. Effectum a causa, concretum ab abstracto. Auctor hujus definitionis est Florent. *in lib.* 4. *hoc tit.*

Cuique facere libet) Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est facere quodlibet: est enim *potestas vivendi, ut velis*, teste Cicerone in *Paradox* & 1. *ff. cap.* 21. *n.* 3. A Zenone apud Laert. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας, potestas pro jure suo agendi. Ceterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est; additur exceptio, *Nisi si quid vi aut jure*, *&c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quominus faciamus quod lubet, nos impediri, vi & jure; neque tamen eo minus liberos esse. Finge igitur nos usu rerum nostrarum vi prohiberi, finge vinciri; facultatem faciendi hæc impediunt, libertatem non imminuunt. Sed neque eo minus sua cuique constat libertas, quod quædam facere legibus prohibemur: nam quæ cum legibus & bonis moribus pugnant, ea ne facere quidem nos posse credendum est, ut præclare noster Papinian. *l. filius* 15. *de cond. inst.* Et divine M. Tullius *in Cluentina, cap.* 53. *Legum*, inquit, *ideo omnes servi sumus, ut liberi esse possumus*. Cui simile illud Arist. 1. *pol.* 9. Οὐ γὰρ ἐς δουλεία τὸ ζῆν πρὸς ... Nimirum legis imperium non est δουλεία sed σωτηρία. Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incolumis, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coerceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur; ut bene Div. Wesemb. *hic*, & D. Tulden. *cap.* 2. VINN. Est & hæc definitio vere Stoica. Vid. Per. *sat.* 5. *v.* 88. & quæ ibi notavit Casaubonus Arrian. *Diss. Epictet. Lib.* II. *cap.* I. Ita vero explicata, non est cur a quibusdam, Accursium sequutis reprehendatur. Vetus enim & proba est, uti ostendit Maran. in *Paratitl. ad Tit. ff. de stat. hom.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*

NOTÆ.

2. *Constitutio*) Id est, res gentium constituta, causa pro effectu: sic thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *lege* 31. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* pro *pecunia deposita*.

Domino alieno) Unde Zenoni apud Laert. servitus definitur στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam) Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura: *lege* 4. *ff. de just. & jur. lege* 32. *de reg. jur.* φύσει γὰρ οὐδεὶς δοῦλος ... Philost. Liberos & servos a natura procreari disputat Arist. 1. *pol.* 3. & 4. sed alio sensu nempe ingenio stupidos & corpore robustos a natura productos videri ad serviendum iis, qui ingenio valent, ministerio scil. œconomico D. Heins. *in Epist. ad Georg. Richt.*

COMMENTARIUS.

CONstitutio juris gentium) Causa pro effectu, res jure gentium constituta, non ordinatio, aut pars constituens. Tropus in hujusmodi verbalibus non inusitatus, sic enim & thesaurus dicitur depositio pecuniæ, *cap. numquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita. Apud Laertium a Zenone definitur servitus, στέρησις αὐτοπραγίας.

Contra naturam) Hoc est, contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt a natura. Nam servi natura, id est, circa factum humanum, aut primævo naturæ statu nulli sunt; *leg* 4. *de just. & jur. d. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* quamquam justitiæ naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod vere Aristoteles *l.* 1. *pol. cap.* 3. & 4. scribit servos quosdam nasci & natura esse; eo nihil aliud significat, quam quosdam, nempe ingenio tardos ac stupidos, corpore autem robustos, in hunc finem a natura productos videri, ut aliis, qui ingenio & ratione valent, serviant, subjectione scilicet œconomica, ad ministeria domestica explicanda: qua de re copiose & acute disserit Clariss. Heinsius *in epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii etymologia.

3. *Servi autem ex eo appellati sunt, quod Imperatores captivos vendere, ac per hoc servare, nec occidere solent: qui etiam mancipia dicti sunt, eo quod ab hostibus manu capiantur.*

COMMENTARIUS.

1. *Captus jure belli quovis tempore occidi posse; non tamen salva interna justitia.*
2. *Sigonius & Bachovius notati.*
3. *Jura de captivis a gentibus introducta ut captores libentius abstinerent a summo jure, quo captos interficere poterant.*
4. *Captivatis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut captis liceat redire.*
5. *In his regionibus servos adeo nullos agnosci, ut etiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniunt, liberi fiant.*

EX *eo appellati*) Eadem ratio nominis redditur a Florent. *l.* 4. §. 2. *hoc tit.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. sign.* August. 19. *de civ. Dei* 15. Nota sic Alciat. *n. d. l.* 239. *de verb. sign.* eumque secuti Mynſ. & Schneid. *hic.* non licere hostem, postquam captus est, seque dedidit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In dedititium autem sævire nefas esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse, quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seseque dedit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia alioqui multa adhuc accidere possunt, ut iterum evadat, *arg. l. in laqueum* 15. *de acq. rer. dom.* (1) Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. *l.* 3. *de jur. bel. cap.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos qui se dedere volunt, nec recipiuntur, immo & deditos

sine

sine ulla conditione. Cum autem Scriptores dicunt, id belli jure licitum esse, non intelligunt tale jus, quod actum omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte quis supplicem, aut se ultro dedentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tamquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impune id fiat, laudabile tamen natura non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, quod supplicibus & in templa perfugentibus pepercissent, *Illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset*, lib. 1. *de Civ. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit, eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiuntur, nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund. Grot. *de lib.* 3. *cap.* 12. & 14. nonnulla etiam habet D. Tulden. *comm. ad instit. tit. de his qui sui vel alien. jur. cap.* 3.

(2) *Imperatores*) Non intelligit Principes Romanos, sed στρατηγούς, Belli duces τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut recte vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi, verum quidem est. Cæterum quod ex eodem Sigonio adjicit: hoc imperium militare Magistratui seorsum lege Curiata dari solitum, falsum est. Nam lex Curiata omnibus omnium annorum patriciis Magistratibus necessaria erat, non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui Magistratus, ut religio auspiciorum, quæ proprie & præcipue in Curiarum suffragiis intrat, retineretur: quod vel ex una *orat.* 2. *in Rull.* intelligi potest, vid. Gruch. *lib.* 3. *de comit. & ita in refut. post. disp.* Car. Sigon. ubi multis testimoniis ex antiquitate petitis ostendit, Consules & Prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui Magistratus habuisse. VINN. Ita Vinnius noster Gruchium sequitur, secundum quem contra Sigonium a frequente eruditorum Senatu datum est. Legi de hac Sigonii & Gruchii lite meretur V. C. Græv. præfat. *Thesauri Antiq. Roman. Tom. I.* HEIN.

(3) *Vendere, ac per hoc servare solent*) Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur, sed quia hoc suadebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur: nempe [illegible], ut est in *Basilic.* quo pertinet illud Horatii, *lib.* 1. *Ep.* 16.

Vendere cum possis captivum, occidere noli.

Cæterum, ut ait Seneca in *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit, aut pœnam impedit.

Et Centurio Cæsarianus Scipionem alioquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit, *cap.* 45. *gratias ago quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris.* Similiter Cæsar Helvetiis significat, suo beneficio servatos, quos jure belli interficere potuisset, *L.* 7. *comm. cap.* 4. Plura ejusmodi reperies apud D. Grot. *d. lib.* 1. *cap.* 4. vide tamen eundem *d. l.* 3. *cap.* 11. & 14. ubi docet, quid hic victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servandos a gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitutem redigi non poterant, *l. si quis* 22. §. 1. *de capt. & postlim.* quod & Plutarchus notavit *in vita Othon.* & Tacitus *lib.* 2. *hist. cap.* 44.

Manu capiantur) Hæc notatio si vera est, dicendum erit, hoc nomen ad res cæteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. *Orig.* 4. veteribus dicebatur quicquid manu capi, subdique potest; ut homo, equus, ovis: adeoque omne, quod per æs & libram fiebat, in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib.* 6. *ling.* Postea receptum, ut & prædia inter res mancipi referrentur, Ulp. *tit.* 19. VINN. Mancipari veteri jure rerum mobilium non plus poterat, quam manu capi posset, Ulp. *frag. titul.* 19. §. 6. Revera ergo & *mancipium* & *res mancipi* & *mancipatio* nomen inde acceperunt, quod dominium adquireretur earum rerum, quæ manu capiebantur. HEINN.

(4) In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicina sunt, vetera captivitatis & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant, quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere, etiamsi religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinæ; 1. *ad Cor.* 7. 21. *Deuter. cap.* 5. *Exod. cap.* 21. *Lev. cap.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. Bodin. 1. *de republ. cap.* 5. Connan. 2. *comm.* 1. *circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licet res aliæ ex hostibus captæ capientibus acquiruntur, homines tamen capti servi capientium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operas urgeri, aliave patienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit, quam ut a miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris sævitiæ concessione. Atque hoc a majoribus ad posteros pridem transiisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium, qui sub Romano Imperio viverent, sed commune cum Thessalis, Illyricis, & Triballis, & Bulgaris. Et quod hac in parte Christiani, idem & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos mos captos custodiendi, donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid convenerit, nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. Guid. Pap. *quæst.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus necessariis: quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menstruo stipendio. Jus autem captos servandi solet concedi singulis, qui ceperunt; extra personas eximiæ dignitatis: in has enim Reip. aut ejus capiti jus dant plerarumque gentium mores, testib. Bart. & Bald. *in l. nam & Servius* 23. *de neg. gest.* Boer. *decis.* 178. Grot. *l.* 3. *jur. bell. cap.* 7. *num.* 9. (5) Porro in hisce regionibus servos plane nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit a summo Consilio, quod est Mechliniæ, etiam eos servos, qui in Hispaniam empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse liberosque fieri, sive libertatem iis, quamdiu hic sunt, jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licet peregrinorum, ut primum regni fines penetraverint, eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt. Vid. Bodin. 1. *de rep.* 5. Louis Charond. *es Pandect. du Droit. Franc. l.* 2. *cap.* 2. Gudel. 1. *de jur. nov.* 4. Franciscum Zypæum *l.* 3. *cap.* 2. *n.* 11. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 80. *n.* 2. & *seqq.* Groenevv. *d. leg. arb. ad hoc tit.* VINN. Itaque in Belgio & Gallia

lia & servi ipso jure liberi fiunt, eo advenientes. Ast in Germania non solum Dominis conceditur, ut possint homines proprios vindicare, etsi eo profugerint, ubi illa servitus non sit recepta (vid. Dan. Mevii *Consil. jurid. de statu & vindicatione hominum prop.*) verum etiam quibusdam locis ipso jure fiunt servi, quicumque peregrini eo adveniunt, commorandi & habitandi causa, velut in Algovia, ubi ideo sæpe auditur parœmia: *Die Lufft macht eigen*, id est, *ipse aer homines proprios facit*. Her. *de homin. prop. Sect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatorum in Palatinatu Electorali, & Provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. publ. continuat. lib.* 10. *pag.* 126. HEIN.

T E X T U S.

Quibus modis servi constituuntur?

4. *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut jure gentium, id est, ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

N O T Æ.

4. *Nascuntur ex ancillis*) Ex Marcian. *lege* 5. §. *eodem*. Hi vernæ prudentibus dicuntur, de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt, quo sata cedunt solo: mater enim solo comparatur, vi patris sato. Cujac.

Jure civili) Etsi servitus ex jure gentium originem habeat, sunt tamen modi quidam constituendæ servitutis etiam jure civili inventi; unus hic exprimitur; alios reperies apud Accurs. & Hotom.

COMMENTARIUS.

1. *Cur ad natos ex servo ventre dominium porrectum?*
2. *Quibus modis jure civili servi fiebant?*
3. *Si quis spontanea subjectione se in servitutem det.*

EX *ancillis nostris*) Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posteri in perpetuum: nempe qui ex matre serva nascuntur. Ex hoc est, quod Martianus dicit, jure gentium servos nostros fieri, qui ex ancillis nostris nascuntur, *leg.* 5. §. 1. *hoc tit.* (1.) Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi, quia alioqui si summo jure captores uterentur, illi ipsi nascituri non erant. Cui consequens est, ut nati ante calamitatem, nisi & ipsi capiantur, servi non fiant. Ideo autem natos maternæ esse conditionis gentibus placuit: quia serviles concubitus nec lege, nec certa custodia erant constricti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum Ulpiani illud; *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*: *leg. lex naturæ* 14. *hoc tit.* id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quo modo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur. VINN. Sed propius servitutem vernarum deduxeris e jure accessionis. Servi ex personis fiebant res mancipi, vide sup. *ad rub.* Cujus est res, ejus & accessio. Et quidem partus sequebatur ventrem, uti in fœtura animalium. HEIN.

(2) *Jure civili*) Etsi servitus est ex jure gentium; sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur, sed plures fuisse constat: huc enim pertinent, qui servi pœnæ afficiebantur atrociate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur; §. 1. *inf. de cap. dimin.* haud secus ac ingrati liberi vocantur in potestatem parentum, *leg. un. Cod. de ingrat. lib.* Erat ex Senatusc. Claudiano alius libertatis amittendæ modus, si libera mulier, domino denunciante, se servo alieno junxisset, de quo *inf. l.* 3. *tit.* 13. Ulp. *infragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat; cum incensus aliquis venisset, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis, Dionys. Halic. *lib.* 4. Sigon. *lib. de antiq. jur. civ. Roman. cap.* 14. Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum absimilis, adi Liv. *lib.* 2. & 8. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Merc. 1. *opin.* 9. D. Salmas. *lib. de modd. us. cap.* 18. & *seq.* Cur igitur servi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis, quæ sunt juris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo) Ingenuus scilicet & sui juris, ut recte monet Cujac. Neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere possunt; quod & Aug. & Fab. hic notant.

Pretii participandi causa) Modo & partem pretii vere acceperit; *l.* 1. *quib. ad lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis suæ, *l.* 2. *si lib. ign. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi; *l.* 7. §. 2. *de lib. caus.* vid. *Gloss.* & Accurs.

(3) *Venumdari passus est*) Venditores subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem, simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos, qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant; *Victus voluntariam servitutem adibat*, ait Tacitus *de Morib. Germ. capit.* 25. Possidonius autem Socius in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis conscii sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam, vicissim, quam possent, præstarent. Quæ si res ita accipiatur in terminis naturalibus, nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent qui diuturnas operas locant: unde sæpe accidit quod dixit Ebulus:

Ἔθελει δ' ἔνθα μάθα παρ' αὐτῷ κατομένειν
Ἐπιτιτίοις.

Quærunt autem hic DD. possitne quis apud nos perpetuo se obligare ad serviendum, aut operas suas locare, quæ servitutis quædam species videtur: nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse: sed cum facti hæc promissio sit, solvendo id quod interest, promissorem liberari; *leg.* 13. §. 1. *de re jud.* Adi de tota re D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 5.

TEXTUS.

De libertinorum & servorum divisione.

5. In servorum conditione nulla est differentia, in liberis autem multæ: aut enim sunt ingenui aut libertini.

NOTÆ.

1. Nulla differentia.) Servorum varia quidem ministeria, una tamen conditio est, *l. 5. D. eod.* id est; omnes æque servi sunt, [illegible], [illegible] nihil que interest natus quis an factus servus sit, etsi alius alio præstat, juxta vetus proverbium, [illegible], *l. 1. [illegible] 4.*

COMMENTARIUS.

1. Servorum nullum amplius discrimen esse.
2. [illegible] apud nos quæ distinctio?

Nulla differentia) Servorum una conditio est, *l. 5. in princ.* [illegible], Mich. Attaliata, id est, omnes æque servi sunt, nihilque interest, utrum qui natus an factus sit servus. Plane opere & ministeriis eorum servi inter se differunt; aliis enim honestior ut [illegible], [illegible], amanuenses, aliis minus [illegible] provincia mandatur ut mediastinis, focariis, [illegible], *l. 15. §. itaque [illegible], 44. de naut. l. 1. §. caupones 5. naut. caup. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Per. Fabr. *[illegible] pag.* 155. VINN. Ex instituto Laur. Pignorius *de servis [illegible] apud veteres ministeriis*, & Tim. Pompa *de operis servorum*. HEIN.

In liberis multæ) Nam primum interest, utrum quis natus, an factus sit liber, hoc est, utrum quis ingenuus sit, an libertinus: deinde utrum qui liber factus est, civis Romanus sit, an Latinus Junianus, aut dedititius. & porro qui civis Romanus, suine juris sit, an [illegible] juri subjectus: deinde qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ summa [illegible] eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. 1 Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent. Nam cum libertinorum differentia a Justiniano sublata sit, & novissimo jure liberti etiam ingenuis per omnia, salvo [illegible] jure patronatus, exæquati, *Nov. 78. c. 1. & 2.* nullum hodie superesse videtur inter [illegible] quidem discrimen, utique [illegible] conditionis liberæ, nam quoad civitatis & [illegible] jura [illegible] differunt. [illegible] sic temperandum existimo, quod scribit D. Bachovius ad hunc locum. Hodie [illegible] recte dici videri, nullam in eorum conditione [illegible] differentiam esse apud nos sane, cum nulli sint [illegible], omnes ingenui [illegible]. 2 Cæterum est [illegible] distinctio: alii enim nobiles sint, qui [illegible] immunitatibus gaudent: alii [illegible]. [illegible] patre nati & matre ignobili [illegible], [illegible] *l. cum legitimæ 19. [illegible]* 12. Sed & Comitum a [illegible] pro nobilibus [illegible] & [illegible] Religionem [illegible] est, D. Grot. *l. 1. manud.* *c. 14. & 15.* Sicubi adscriptitii sunt, ad eos manumissos jus *d. Nov. 78.* applicari posse, censet D. Gadelia. *l. 1. de [illegible] c. 6. in fin.* De variis hominum generibus [illegible] *lib. 2. c. 2.* VINN. Sed uti in Germania homines proprii ejusdem conditionis sunt, ac servi olim, quorum meminit Tacit. *de mor. Germ. c. 25.* ita & hodie idem in manumissis observatur, quod idem Tacitus de libertis veterum Germanorum ait: *Liberti non multum supra servos sunt*. Eodem enim fere præstant, ac homines proprii, & in eo tantum melioris conditionis habentur, quod non amplius sunt glebæ adscripti, vid. Potgiesl. *de stat. & cond. in Germ. lib. 3.* HEIN.

TITULUS QUARTUS.

DE INGENUIS.

Conf. Tit. 14. Col. Lib. 7.

Sequitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio, & primo ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

Ingenuus est is qui statim ut natus est, liber est; sive ex duobus ingenuis matrimonio editus: sive ex libertinis duobus: sive ex altero libertino & altero ingenuo. Sed & si quis ex matre nascitur libera, patre vero servo, ingenuus nihilominus nascitur, quemadmodum qui ex matre libera & incerto patre natus est: quoniam vulgo conceptus est. Sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit, eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quæsitum est, si ancilla prægnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.

NOTÆ.

Ingenuus) Antiqui ingenuos spuriis opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent. Lib. 10. cap. 8. Cincius apud Fest. in voce *Patricios*. Cæterum etiam jam olim qui liberi nati erant, ingenuos dictos fuisse, ex Plauto in *Milit. act. 4. scen. 1. v. 15.* & *Penul. act. 5. scen. 6. v. 8.* constat, & alias quoque Latini ingenuum vocant quod nativum est, quomodo Lucretius *Ingenuos fontes*, Juvenalis, *Ingenuum typhum* appellat. VINN. At neque ex Livii, neque ex Festi loco apparet, ingenuos olim oppositos fuisse spuriis. Cincius apud Festum tantum observat, patricios olim dictos etiam *ingenuos*, fortassis, quia genus suum ab urbis primordiis recensere poterant. Apud Livium autem Decius ait, *patricium esse qui patrem ciere possit*, id vero & plebejos ingenuos posse, adeoque & patricios nihil esse, nihil ingenuos, nec Jure obniti, plebejis sacerdotia ambientibus HEIN.

Statim ut natus) Ingenuus proprie est, qui nativam habet libertatem; eum tamen etiam, qui ingenuus pronunciatus est, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur, *leg. 25. ff. de stat. hom.*

Ma-

Matre libera) Quia qui nascitur sine legitimo matrimonio, conditionem matris sequitur; *leg.* 18. *l.* 24. *ff. de stat. hom.*

Quoniam vulgo conceptus) His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, *id est qui.* Theoph. [illegible]

Martianus probat) Ex Martiano *l.* 5. §. 2. & 3. *ff. de stat. hom.* totus hic locus sumptus est. Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur, quod favor libertatis extorsit. Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. adde *l.* 18. *ff. de stat. hom. l.* 4. *C. de pœn.*

COMMENTARIUS.

INgenuus est is.) Prima semper quæstio esse debet de verbis, si et de rebus potior sit, auctore Platone *in Cratylo*; & Quintilianus *in proœm. lib.* 8. curam verborum, rerum vult esse sollicitudinem. Antiqui ingenuos spuriis opponebant & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent, ut constat ex oratione P. Decii Muris apud *Liv. lib.* 10. *cap.* 8. & confirmat Cincius apud Festum in voce *patricios*. Ceterum etiam eos, qui liberi nati essent, jam ingenuos appellatos fuisse distinctos ab iis, qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti *in Milit. act.* 4. *scen.* 1. v. 15.

Quid? ea ingenua, an festuca facta e serva libera est?
Et quod respondet Palæstrio;

Vah, egone ut ad te a libertina esse auderem internuntium,
Qui ingenuas satis respondere nequeas cupidis tui?

Eodem quoque sensu in *Pœnulo*, *act.* 5. *scen.* 6. *v.* 8. Adelphasium non semel *ingenua dicitur*. Atque hic hujus vocis apud Latinos usus est etiam in aliis rebus, quæ a natura sunt, & factitiis opponuntur. Sic enim Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *satyra* 3. v. 18. sunt:

Quanto præstantius esset
Numen aquæ, viridi si margine clauderet undas
Herba, nec ingenuum violarent marmora tophum?

Quo loco tophum nativum diserte *ingenuum* vocat; nec ulla est translatio contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur proprie est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatus est, *l. antepen. de stat. hom.* Sed & jura ingenuitatis habent, salvo jure patronatus, qui jus aureorum annulorum a Principe impetraverunt, *tit. de jur. aur. annul.* & plenissimam ingenuitatem, qui a Principe natalibus restituti sunt, *tit. de nat. rest.* Hodie omnes liberi ex constitutione Justiniani *Nov.* 78. ingenui sunt, ita ut hæc quæstio, quæ olim propter prærogativas ingenuorum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

Matre libera) Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, *l. lex naturæ* 24. *de stat. hom. l.* 3. *C. sol. matr.* Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is dumtaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, *l.* 6. *de his qui sui vel al. jur. l.* 5. *de in jus voc.* Qui si natus sit ex ventre adscriptitio? Placet adscriptitium nasci, *leg. nec diutius*, 21. *Cod. de agric. & cens. lib.* 11. In comitatu tamen Burgundiæ hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, sequitur, Christin. *vol.* 5. *dec.* 88.

Quoniam vulgo conceptus) Ratio cur dicatur ex incerto patre natus, nimirum quia mater cum pluribus consuevit. Hoc quidem de natis ex concubina dici non potest: sed tamen nec hi patrem habere intelliguntur, quoad ea, quæ sunt juris civilis, & effecta justi matrimonii; puta patriam potestatem, familiam, jura sacrorum. §. [illegible] 22. [illegible] VINN. Immo ex concubina nati patrem, sed naturalem; spurii ne naturalem quidem habere intelliguntur, quia vulgo concepti. Unde S. P. in [illegible] litteris [illegible] significare putat, *sine patre filium*, *Quæst. Rom.* [illegible] 316. HEIN.

Liberum natum) *l.* 5. §. 2. *de stat. hom.* Is itaque liber nascitur, qui ex matre aut conceptionis, aut partus, aut medio tempore libera nascitur; quod partim ex ratione juris, partim propter favorem libertatis receptum est; Paul. *lib.* 2. *sent.* 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, *l.* 7. *l. pen. d. tit.*

T E X T U S.

De servitute ac manumissione facti.

1. *Cum autem ingenuus aliquis natus sit, non officit ei in servitute fuisse, & postea manumissum esse: sæpissime enim constitutum est, natalibus non officere manumissionem.*

N O T Æ.

Constitutum est) Plures extant hac de re constitutiones sub *tit. C. de ingenuis manum.* & eo pertinet *l.* 21. §. 1. *ff. de capt. & postlim.*

Natalibus) Theophil. τῇ εὐγενείᾳ, ingenuitati, veritati, & origini ingenuitatis. Paul. *l.* 5. *sent.* 1.

Non officere) Non inurere notam libertinæ conditioni.

COMMENTARIUS.

IN *servitute*) Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* Servus est, qui justam servitutem servit: in servitute esse dicitur, qui cum servus non sit, pro servo habetur, ut Pamphila *in Adria* Terentii.

Natalibus) Id est; τῇ εὐγενείᾳ ingenuitati sive nativæ conditioni, quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutioues *sub titul. Cod. de ingen. manum.* Atque huc pertinet quod Ulp. *in leg. quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit, bello civili captos & venumdatos, posteaque manumissos, supervacue a Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt, VINN. Quæ ratio etiam valuit in filiis venumdatis vel noxæ datis & postea manumissis. Cic. *pro Cæcin. cap.* 33. *lib.* 1. *de orat. cap.* 40. Paul. *Rec. sent.* 1. nec non in obæratis, addictis creditori, qui libertatem recuperaverant. Quintil. *Instit. lib.* 8. *cap.* 3. & *Decl.* 311. Nam & hi non libertini censebantur, sed ingenui. HEIN.

TITULUS QUINTUS.

DE LIBERTINIS.

Summa Tituli.

PArs altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui, quales sint, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, *hoc tit.* disputantur.

T E X T U S.

Definitio & origo libertinorum & manumissionis.

Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quamdiu aliquis in servitute est, manui & potestati suppositus est: & manumissus liberatur a domini potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus ingenuitatem invasit, secutum est beneficium manumissionis: & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur, jure gentium tria hominum genera esse coeperunt: liberi; & his contrarium, servi; & tertium genus libertini, qui desierant esse servi.

N O T Æ.

Libertini) Ex *l. 6. ff. de stat. hom.* Appii Cæci temporibus & deinceps aliquandiu libertini dicti non ipsi, qui manumittebantur, sed ingenui ex his procreati: ut scribit Sueton. *in Claud. c.* 24. postea ipsi manumissi libertini dici cœperunt, & ex his procreati, ingenui. Liberti & libertini nomina sic differunt. Liberti nomen ad jus patronatus respicit, libertini ad personæ conditionem, *l.* 1. *& ult. ff. si ingen. esse dic.* Libertus & patronus relativa sunt: libertinus & ingenuus contraria. Hotom.

Justa servitute) Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum, addit Theph. ϰαὶ ἔννομος & *legitima*, quod non placet.

De manu datio) Reponendum ex Florent. *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*, *leg. 4. ff. de just. & jur.* ut brevi sermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

Communi nomine) Apud Ulp. in *d. l.* 4. legitur, *Uno naturali nomine*; sensus est, cum omnes homines natura liberi essent, ut nomen rei conveniat.

Liberi, Id est *ingenui*. Partem subdivisionis in divisione collocat, quod Ulpiano, a quo hæc sumpta, familiare, *L. 5. ff. de stat.* *l.* 1. §. 2. *ff. de just. & jur.*

COMMENTARIUS.

LIbertini sunt) Ex Cajo in *l. 6. de stat. hom.* antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillus *in Claud. cap.* 24. non ipsos, qui manumitterentur, *sed ingenuos ex his procreatos*. Ex quo loco duo præterea colligas; nempe postea eos ipsos, qui manumitterentur, libertinos dici cœpisse, & qui ex his procreati essent, ingenuos. Notant hic plerique ex Laur. Valla, *lib.* 4. *c.* 1. differentiam esse inter voces *Libertinus & Libertus*; illud esse relativum ingenui; hoc patroni: id est, voce *Libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam, per *Libertus* autem significari privatum quemdam respectu ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur qui manu missus est. Illud leviculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum, *Libertus* substantivum. VINN. tamen id discrimen semper observaverunt veteres, veluti in *L. 4. de just. & jure*, *L.* 20. §. 4. *de bon. libert. L.* 28. *eod.* si recte se habet textus, vid. Ducker. *de Latin. JC. vet. p.* 378. *seq.* HEIN.

Ex justa servitute manumissi) Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua; exempla suppeditat *tit. ff. qui sin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. cap. serv. pro præm. lib. ac.* Generalius itaque definiri potuisset: libertinos esse, qui desierunt esse servi; ut in calce hujus text. ex Ulp. 4. *de just. & jur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

De manu datio) Reponendum ex textu Florentino, *De manu missio*, id est, *Datio libertatis*, *d. l. 4. de just. & jur.* ut brevi sermonis compendio notetur definitio & nominis & rei. De manu enim est, De potestate domini, Lucan. *lib.* 1.

De manibus vestris, quantus sit Cæsar, habetis.

Ingenuitatem) Vox hæc delenda est, censeo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec est apud Ulpian. *d. l.* 4. unde hæc sumpta; neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Conc. Theoph.

Communi nomine) Alias, *naturali nomine*. Id est, cum omnes homines liberi essent; ut nomen rei conveniat. Plura quæ huc pertinent, notavimus sup. ad *tit. de jur. nat. gent. & civ.*

T E X T U S.

Quibus modis manumittatur.

1. *Multis autem modis manumissio procedit: aut enim ex sacris constitutionibus in sacrosanctis Ecclesiis; aut vindicta, aut inter amicos; aut per epistolam, aut per testamentum; aut per aliam quamlibet ultimam voluntatem. Sed & aliis multis modis libertas servo competere potest, qui tam ex veteribus, quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.*

N O T Æ.

Sacrosanctis Ecclesiis) Hic modus tribuendæ libertatis a Constantino introductus est; *l.* 1. *& 2. Cod. de his qui in Eccles. man.* & suffectus in locum ejus, qui olim fiebat lustrali censu. Vid. Sigon. *l.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. add. *tripart. hist. l.* 1. *c.* 7. & Niceph. 7. *c.* 14.

Vindicta) Virgulam esse scribit Boet. *in Top. Cic.* quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. glor. act. 4. scen.* 15. κάρφος Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum a Vindicio creditur Vitelliorum servo, qui cum nobilium adolescentium conjurationem de Tarquiniis reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur. Liv. *lib.* 2. *c.* 5.

COMMENTARIUS.

MUltis autem modis) Olim tres tantum modos manumittendi fuisse, censu, vindicta, testamento, ostendit argumentatio Ciceronis *in Topic. cap.* 2. ab enumera-

meratione partium, *Si neque censu*, inquit, *neque vindicta, neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea & alii modi; veluti per epistolam, in convivio, inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur; Ulp. Cajus *in instit.*

In sacrosanctis Ecclesiis) A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum, veluti in comitiis Ecclesiasticis teste populo & signatore Episcopo, manumissi justam libertatem consequerentur: *tit. C. de his qui in Eccles. man.* Quod genus manumissionis sufficctum esse apparet in locum ejus, quæ olim per censum fiebat; cum servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Vid. Sigon. *lib. 1. de ant. jur. civ. Rom. c.* 14.

Vindicta) Virgulam esse scribit Boetius *in Top. Ciceronis*, quam lictor jussu Magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ob hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur *in mil. glorios. act.* 4. *scen.* 1. *v.* 15. Alii hunc modum sic dictum malunt a Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset; auctore Livio *lib.* 2. 5. Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque; hunc hominem liberum esse volo. Fest. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circumagebat significans, se ei potestatem facere abeundi quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *satyr.* 5. *v.* 75.

> —— *Heu steriles viri, quibus una Quiritem*
> *Vertigo facit.*

Et paulo post, *v.* 78.

> *Verterit hunc dominus, momento turbinis exit*
> *Marcus Dama.*

Pluribus hæc explicant Marcill. *ad d. satyram.* Brissonius *lib.* 5. *antiq. cap.* 11. Sigonius *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. cap.* 6. Fac. Gallus Neapol. *in apicib. leg.*

Inter amicos, per epistolam) Inter amicos, adhibitis quinque testibus: per epistolam, a domino & quinque testibus subscriptam: *l. un.* §. 1. & 2. *C. de Lat. lib. toll.*

Aliam ultimam voluntatem) Puta codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

Aliis multis modis) Quorum plerique enumerantur in *d. l. uno* §. 3. & *seqq. C. de Lat. lib. toll.* Adeant curiosiores *tit. C. pro quib. c. servo pro præm. lib. ac. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si manc. ita ven. nec prostit.* & *si manc. ita fu. alien. l. nemini* 24. *C. de episc. aud.*

T E X T U S.

Ubi & quando manumitti potest?

2. *Servi vero a dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum Prætor, Præses, aut Proconsul in balneum vel theatrum eunt.*

N O T Æ.

2. *Semper*) Id est, omni die, sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto ϗ ἐν ἀπράκτῳ ἡμέρᾳ. Fabrot. in not. ad Theophil. *l.* 2. *l.* 8. *C. de Feriis.*

COMMENTARIUS.

In transitu) Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia prodeunt, prætor, proconsul, legatusve Cæsaris, *l.* 7. *de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cum hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l.* 2. *de offic. procons.* & præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desiderat.

T E X T U S.

De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripartitus antea fuerat; nam qui manumittebantur, modo majorem & justam libertatem consequebantur, & fiebant cives Romani: modo minorem, & latini ex lege Junia Norbana fiebant: modo inferiorem, & fiebant ex lege Ælia Sentia dedititii. Sed quoniam dedititiorum quidem pessima conditio jam ex multis temporibus in desuetudinem abierat: Latinorum vero nomen non frequentabatur; ideoque nostra pietas omnia augere, & in meliorem statum reducere desiderans, duabus constitutionibus hoc emendavit, & in pristinum statum reduxit. Quia & a primis urbis Romæ cunabulis una atque amplex libertas competebat, id est, eadem, quam habebat manumissor; nisi quod scilicet libertinus sit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit.* ***Et dedititios quidem per constitutionem nostram ex****pulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones: per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso, Quæstore nostro,* ***antiqui juris altercationes placavimus.*** *Latinos autem Junianos, & omnem, quæ circa eos fuerat, observantiam, alia constitutione per ejusdem Quæstoris suggestionem correximus, quæ inter imperiales radiat sanctiones; Et omnes libertinos nullo nec ætatis manumissi, nec domini manumittentis, nec in manumissionis modo discrimine habito, sicuti antea observabatur, civitate Rom. decoravimus, multis modis additis, per quos possit libertas servis cum civitate Romana, quæ sola est in præsenti, præstari.*

N O T Æ.

3. *Status tripartitus*) Ulpian. *in fragm. tit.* 1. & 3. Cajus 1. *Instit. tit.* 1.

Cives Romani) Nempe qui vindicta, censu, testamento manumissi erant. Ulp. & Caj. *ubi sup.* Hos modos civiles & legitimos vocat Theoph.

Lege Julia Norbana) Qua cautum, ut ii servi, qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, &c. jura haberent. Ulp. *in frag.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulpian. *dict. tit.* 3. VINN. Quædam hic non satis accurate traduntur. Nam primo non ante bellum tantum sociale erant coloni Latini, sed & postea, cum jam civitas Romana cum Italis esset communicata. Spanh. *Orb. Roman. l.* 9. Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus, Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde & familiæ emptores, & testes, & libripendes esse poterant, Id. *tit.* 20. §. 8. Denique testari quidem non poterant, nec ex testamento capere, Ulp. *tit.* 16. §. 1.

licebat tamen eis fideicommissum capere, Id. *tit.* 75. §. 6. HEIN.

Dedititii. Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum dedititiorum, quos scil. populus Romanus post defectionem victos in deditionem acceperat. Scribit Suetonius Augustum cavisse, ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur, *cap.* 40. Vid. Ulp. & Caj. *ubi sup.* VINN. Dedititios etiam Latinos libertos fuisse, legere me non memini. Eidem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii cujuscumque nationis. Vid. Caj. *Lib.* 1. *Inst. Tit.* 1. §. 4. Jam id moneo, non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quosdam Latinæ conditionis fuisse, sed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum, qui minores 30. annis testamento fuerant manumissi. Ulp. *tit.* 2. §. 3. HEIN.

Pessima conditio. Non multum distans a servientium specie, §. *ult. inst. de success. liber.*

In meliorem statum. Aliud judicium Augusto fuit, qui magni æstimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum. Suet. *cap.* 40.

Simplex libertas.) Cic. pro *Balb. cap.* 24. Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. ubi Servium Tullium hujus instituti auctorem fuisse refert.

Ætati manumissi. Vid. Ulp. tit. 1. §. 7. Theoph. *hic.*

Dediticiorum. Aliis *dediticiorum*. Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos, *l.* 7. *ff. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissime & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov.* 78. *cap.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Latini liberti quo jure fuerint?*
2. *Qui sint dedititii?*
3. *Antoninum exæquasse omnes ingenuos, Justinianum omnes libertinos.*

(1) A*Ntea fuerat.*) Hoc non est referendum ad tempora liberæ Reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, I. Augustus, cum servorum manumissione contaminari civitatem Romanam videret (quod & Dionys. Halicarn. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus a libertate justa removit; deque numero & conditione & differentia eorum, qui manumittebantur, curiose cavit. Hinc nata ex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana, Silano & L. Norbano Consf.

Cives Romani) Scilicet, qui censu, vindicta, testamento, non qui per epistolam, aut inter amicos manumissi erant. Ulp. & Cajus *in inst.*

Latini in Lege Norbana) Qua cautum fuit, ut ii servi, qui per epistolam, aut inter amicos, aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani, sed eodem jure essent, quo ante bellum sociale Latini coloni: quod significare voluit Justinianus *l. un. in pr. Cod. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiquæ Latinitatis, quæ in colonias deducta est, introductos esse*. Discimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. cap.* 34. & *pro domo sua, cap.* 30. eos qui in Latinam Coloniam nomina dedidissent, aut deducti, inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse; & hoc quoque est, quod Boet. *in Top. Cic. cap.* 2. scribit: *Ista in Latinas Colonias profectione mediam capitis diminutionem contingere*. Quæ cum ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proinde eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam diserte variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus §. *ult. inf. de success. libert. Eos quidem ut liberos vitam peregisse; attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse*, congruit *l.* 1. *Cod. Theod. de petit. hæred.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. pro Balb. pro Dom. sua*, collegit Gruch. *lib.* 2. *de comit.* ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in fragm. tit.* 3.

(2) *Ex lege Ælia Sentia dedititii.*) Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius Consf. Scribit etenim Suetonius *Aug. cap.* 40. Augustum cavisse, *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur*. Et existimare licet, libertos hosce dedititios eamdem habuisse libertatem, quoniam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditionem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum mulctati ad jus civitatis numquam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum dedititiorum: add. Ulp. Caj. *in Inst.* Formulam dedititionis descripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum, *l.* 1. *c.* 38. & 7. *c.* 31. VINN. Sed vide, quæ supra ad notas diximus. HEINN.

In meliorem statum reduxit) Non deest, quod contra dici posset. Certe aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, civitatemque tam parce dabat, ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit; immunitatem obtulerit: affirmans se facilius passurum fisco detrahi aliquid, quam civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in August. cap.* 40.

Primis cunabulis) Hoc non ita dictum accipimus quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint: sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum quæ tradit Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. Et ergo ex illo tempore, quamdiu resp. stetit, una libertinorum omnium conditio fuit: nam omnes pari jure cives Rom. erant, & plena ac justa libertate fruebantur.

(3) *Libertinus sit*) Jure novissimo & hoc sustulit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumissi) Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret, quam si causa apud consilium probata fuisset teste Ulpiano *in fragm. tit.* 1. §. 12. De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives census esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30. annis, quoquo modo manumissum,

Lati-

Latinum fieri. VINN. De censu nihil Ulpianus, quia ejus tempore census lustralis ab usu recesserat. Nec dubium tamen, quin & censu manumissus, minor 30. annis Latinus manserit. Eum enim non nisi triginta annorum civitate Romana petitum esse, docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto*, quod Pariatori legum Mos. & Rom. subjici solet §. 17. Conf. V. C. Schulting. *ad Ulp. tit.* 1. §. 12. HEIN.

Domini manumittentis) Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. sparf.* probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, περὶ τὴν δεσποτείαν καὶ ἰνδιὰν ὄντος. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: ille Latinum faciebat, hic civem. Ulp. *in fragm. tit.* 1. §. 11. Theoph. *hic*. Quæ differentia a Justiniano sublata est *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Civitate Romana decoravimus) Atqui jam multo ante omnes, qui in urbe Romana essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orb.* 17. *de stat. hom.* Sed illa constitutio non pertinet ad eos qui conditione personæ, sed natali loco & patria impediebantur, quominus essent cives Romani. Quæ res ut planissime intelligatur, Jus civitatis Romanæ olim raro, & non nisi bene meritis civitatibus dari solitum erat. Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib.* 3. *de antiq. jur. Ital. cap.* 1. & 2. Gruch. *lib.* 2. *de Com. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italiæ continebatur, ut docet Cic. *pro Balb. cap.* 21. Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos: Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissime & libertinos exæquavit ingenuis; salvo jure Patronatus. *Nov.* 78. quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. ff. de jur. patron. & aliquot. seqq. lib. seq.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species; veluti si dominus servum suum tutorem vel hæredem scripserit, aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* aliæque complures, quas operæ pretium non est aut recensere, aut explicare; congessit eas Gudelin. *lib.* 11. *de jur. noviss. c.* 4. VINN. Addo (1.) Initio omnibus promiscue civitatem datam, qui Romam migrabant, etiam devictis gentibus, Liv. *Lib.* 1. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo, cap.* 12. Dionys. Halicarnass. *Lib.* 4. *pag.* 126. (2.) Deinde & civitatibus quibusdam jus civitatis datum, easque vocatas esse municipia, Ez. Spanh. *orb. Rom. Ex.* 1. 8. (3.) Legem Juliam non sub finem belli socialis latam anno U. C. 694. eaque non omnibus Italis civitatem datam, sed iis, qui flagrante bello sociali in fide manserant. Appian. *de B. C. Lib.* 1. *pag.* 379. Cic. *pro Balb. cap.* 21. Vellei. Pat. *Lib.* 2. *cap.* 16. Reliqui enim paulo post lege Plautia jura civitatis accepere. Cicero *pro Archia cap.* 4. Præter Lucanos & Samnites, qui anno 670. civitate donati. Tit. Liv. *l.* 84. (4.) Reliqua omnia accurate exsequutum esse Spanh. *in orbe Rom.* HEIN.

TITULUS SEXTUS.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT;

D. Lib. 40. *Tit.* 9. *Cod. lib.* 7. *Tit.* 11.

Argumentum Tituli.

Igitur quod *ex superiore tit.* intelligi potuit, cum varii fiant manumittendi modi, eadem tamen omnium vis atque effectus est, ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum ex lege Ælia Sentia, quæ quibusdam ex causis libertatem impediebat, sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat, quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus, quæ hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur; *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum hæredis habendi gratia*; altero: *Ne minoribus* 20. *annis aliter jus sit manumittere, quam justa causa apud consilium approbata*. Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput Legis Æliæ Sentiæ de manumittente in fraudem creditorum.

Non tamen cuicumque volenti manumittere licet: nam is, qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit, quia lex Ælia impedit libertatem.

NOTÆ.

Nihil agit) Igitur ita manumissi liberi non fiunt, & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet, sicut in universum, quod lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l.* 5. *C. de leg.* Quod sicubi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus proprie dictum accipe: vide respectu actus manumissionis, qui in suspenso est donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *l.* 55. *p.* 577. consule *Indic. leg. Rom.* Hotom. Conn. *lib.* 2. *comm. cap.* 5. VINN. Bonæ frugis pleniora sunt, quæ de historia hujus Legis scripsit Henr. Noris, *ad Cenotaph. Pis. Diss.* 3. *cap.* 9. Observandum, æque hac Lege impeditam esse manumissionem in fraudem patronorum *Caj. Inst. Lib.* 1. *Tit.* 1. §. 6. Ulpian. *Tit.* 1. §. 15. Quod perperam e Legibus XII. Tab. derivat Olselius. HEIN.

COMMENTARIUS.

Nihil agit) Nempe ergo ita manumissi liberi non fiunt; & ratio additur, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, hoc est, liberos fieri prohibet, *l. in fraudem* 27. *qui & a quib. mant.* sicut in universum quicquid lege prohibente fit, ipso jure nullum est: *l. non dubium* 5. *C. de legib.* Quamobrem cum legibus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l.* 5. §. 2. *d. tit. l.* 1. *C. qui man. non poss.* hoc minus proprie di-

dictum accipiamus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur, donec constet, fraudati sint creditores, nec ne. & si fraudati sint, utrum jure suo uti velint: nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est, & manumissi retro liberi facti intelliguntur, si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos, in ipso statu liberos esse, *l. 1. de statu lib.* Ipse autem manumissor, & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l. 5. C. de serv. pig. dat. man. sac. l. 3. qui & a quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competit, non revocatur, §. *semel. 6. h. tit. leg. 9. §. de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Fabrum, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure non competere, sed retractari. Alia longe ratio est edicti, *Quæ in fraud. cred.*

T E X T U S.

De servo instituto cum libertate.

1. *Licet autem domino, qui solvendo non est in testamento, servum suum cum libertate hæredem instituere, ut liber fiat, hæresque ei solus & necessarius, si modo ei nemo alius ex eo testamento hæres extiterit: aut quia nemo hæres scriptus sit, aut quia is, qui scriptus est, quacunque ex causa hæres ei non extiterit. Idque eadem lege Ælia Sentia provisum est, & recte. Valde enim prospiciendum erat, ut egentes homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel servum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus; aut hoc eo non faciente, creditores res hæreditarias servi nomine* ***vendant, ne injuria defunctus afficiatur.***

N O T Æ.

1. *Hæresque ei solus*) Non tamen necesse est, solum hæredem scriptum esse, sed neminem alium hæredem existere, ne ex substitutione quidem, *l. 57. ff. de hær. instit.*

Injuria) Positum pro *Ignominia*, nam ignominiosum bona venire fuerat propter æs alienum divendi: cujus rei testis locuples Cic. *pro Quinct. c. 15.* Igitur ratio exceptionis hæc est, ut auctionis ignominia, quo aliqui defunctus oneraretur, potius derivetur in hæredem servum.

COMMENTARIUS.

IN capite legis Æliæ Sentiæ, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio: *Nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & hæredem esse jusserit*; quod quamobrem a lege provisum sit, mox dicetur.

Hæresque ei solus) Non quod necesse sit, solum eum hæredem scriptum esse: sed si plures scripti sunt, cæteros deficere, & neminem alium hæredem existere, ne ex secundo quidem gradu; utique libero homine substituto *l. si quis 57. de hær. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hæres necessarius erit, *l. qui solvendo 60. d. tit.* Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant. Cæterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest, liber & hæres erit, *l. 42. & seq. eodem.*

Necessarius) Ita dicitur, non quia hæreditatem adire cogitur: sed quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & hæres fit, §. 1. *inf. de hær. qual. & diff.* ac proinde ipso jure, sicuti sui & necessarii hæredes, *arg. l. furiosus 63. de acq. hær.* Hoc tantum interest, quod Prætor suis hæredibus potestatem facit, abstinendi ab hæreditate, necessariis non item *leg. necessariis 57. d. tit. de acq. hæred.*

Valde enim prospiciendum erat) Ratio exceptionis satis justa, videlicet ut famæ defuncti parcatur, & auctionis ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in hæredem servum potius derivetur, qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet; Primum quia rem pretiosissimam & inæstimabilem libertatem consequitur: deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirit, non est obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, *d. §. 1. Inst. de hær. qual. & diff.* junct. *l. 1. §. ult. de separ.* Falluntur ergo qui scribunt, servum hæredem necessarium conveniri posse; si is postea ad meliorem fortunam pervenerit, exemplo eorum, qui bonis cesserunt; *§. ult. inf. de act.*

Injuria) Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto Prætoris de infamibus non notetur: oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctioni & hastæ publice subjiciuntur, cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quinctio c. 15.*

T E X T U S.

De servo instituto sine libertate.

1. *Idemque juris est, etsi sine libertate servus hæres institutus est. Quod nostra constitutio non solum in domino, qui solvendo non est, sed generaliter constituit, nova humanitatis ratione, ut ex scriptura institutionis etiam libertas ei competere videatur, cum non sit verisimile,* ***eum quem hæredem sibi elegit, si prætermiserit libertatis dationem, servum remanere voluisse, & neminem sibi hæredem fore.***

N O T Æ.

2. *Sine libertate.*) Non libertate nominatim prohibita, sed omissa, nulla facta mentione libertatis.

Nostra constitutio) *leg. pen. C. de necess. serv. hær. inst.* junct. *pr. inst. de hær. inst.*

Nova humanitatis ratione) Quia etsi ex Veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, nunquam tamen obtinuerant: ut *d. pr. inf. de hær. instit.* Cujac.

COMMENTARIUS.

NOva *humanitatis ratione*) Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus a domino simpliciter hæres institutus, & liber & hæres fiat. Veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. Cod. de nec. serv. her. inst.* junct. *pr. infr. de hær. inst.*

Cum non sit verisimile) Nam qui vult consequens, ut DD. hic notant, & in *leg. 2. de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest, eademque ratione haud dubie & Paulus & Atilicinus, quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo, quia cum libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hæreditate, absurdum videatur per consequentiam hæreditatis datæ libertatem servo

servo defendere, rem longe majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, a re minus digna minusque principali vires capiat, per *l. quod per manus* 10. *ff. de jure Codicill.* Constitutio Justiniani ad adscriptitios, sicubi sunt, trahi potest; & sic etiam si quis homini proprio, ut vocant, feudum dederit, eo ipso & libertatem ei dedisse censet D. Tulden. *in comm. hic cap.* 3. VINN. Fuere etiam, qui & libertatem datam præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed docte hanc sententiam singulari dissertatione *de manumissione per baptismum* refellit celeb. Thomasius HEIN.

T E X T U S.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere?

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eo tempore quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. Prævaluisse tamen videtur, nisi animum quoque fraudandi manumissor habuerit, non impediri libertatem, quamvis bona ejus creditoribus non sufficiant: sæpe enim de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est, & consilio manumittentis, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

N O T Æ.

3. *In fraudem*) Descriptus hic locus est ex *l.* 10. *ff. qui & a quib. man.*

Desiturus est solvendo esse) Species hæc sit: Sempronius, qui mille in bonis habebat, ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50. de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas R. Impediri cum Cajo *in d. l.* 10

Prævaluisse) Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores reipsa fraudentur: *d. l.* 10. *leg.* 1. *C. qui man. non poss.* in fideicommissaria tamen libertate solus rei eventus spectatur, *l.* 4. *§.* 19. *in fin. ff. de fideicom. lib. l. ult. Cod. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

Desiturus est solvendo esse) Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem* 10. *qui & a quib. man.* nimirum quia lex Ælia Sentia simpliciter loquitur de debitore, qui solvendo non est. Quæsitum est, an lex etiam ad eum pertineat, qui datis demum libertatibus desiturus est solvendo esse, & placuit pertinere, *d. l.* 10. Ratio in promptu est, quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest; *l. solvendo* 114. *ff. de verb. sign.* non potest autem, qui posse desiit.

Prævaluisse) Ni hæc duo concurrant, ut & fraudandi consilium manumissor habuerit, & creditores eventu atque re ipsa fraudentur, libertas non revocatur; *dict. tit.* 10. *l.* 1. *C. qui man. poss.* Quod & ipsum proculdubio ex sententia legis simpliciter loquentis acceptum est, non ratione aliqua speciali & favore libertatis, ut putat D. Wesemb. sed communi, & ad revocationem ex edicto, *Quæ in fraudem creditorum*, etiam pertinente; de quo dicemus ad §. *item si* 6. *infra de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare, se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur, qua de re consulantur DD. hic & in *d. §.* 6. Cæterum hæc, quæ diximus, locum habent in libertate directo testamento data; in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. ult. C. qui man. non poss.* An quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem. VINN. Probant plerique hanc rationem. Vid. B. Hub. Disp. *Jur. Fundam.* 9. §. 10. HEIN.

De facultatibus suis amplius sperant) Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus, spei immodicus est: quod accidit frequenter his, qui transmarinas negotiationes & in aliis regionibus, quam ubi ipsi morantur, per institores exercent, *d. l.* 10. *qui & a quibus man.* ex quo loco apparet, quod hic traditur, etiam ad libertates inter vivos datas pertinere, non ad testamentarias dumtaxat, ut male post alios Schneid.

T E X T U S.

Alterum caput Legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

4. *Eadem lege Ælia Sentia domino minori viginti annis non aliter manumittere permittitur quam si vindicta apud consilium, justa causa manumissionis approbata, fuerint manumissi.*

N O T Æ.

4. *Domino.*) *l.* 4. *§. ult.* & passim *ff. de manum. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Apud consilium) Adhibebantur in consilium Romæ 5. Senatores, & 5. Equites, in provinciis 20. recuperatores cives Rom. Ulp. *tit.* 1. *§.* 8. Theoph. *hic*. In notis D. S. C. *de consilii sententia*, Grot. *in sparsf. Flor.* Exercere consilium non potest, cui mandata est jurisdictio; *l.* 2. *ff. de off. ejus cui mand. jurisd.* unde apparet Magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ Jurisdictionis; *arg. l. pr. d. tit.* VINN. Consilium ergo Romæ constituerunt Decemviri litibus judicandi; V. C. Ger. Nood. *de Jurisd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio τὰ συνέδρια cujus & in sacris mentio fit *Act.* 25. 12. HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

Alterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit; *Minoribus* 20. *annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud consilium approbata*; *l.* 1. *de manum. l.* 11. *& seqq. de man. vind.* Providere lex voluit, ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quam si vindicta) Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum, *Quam si dicta apud consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*; & ita Theoph.

T E X T U S.

Quæ sint justæ causæ manumissionis?

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem, aut matrem, filiumve, filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum, alumnamve, aut*

[illegible] manumittat, aut forsan procuratoris habendi causa, aut ancillam matrimonii habendi causa [illegible] [illegible] in uxorem ducatur, nisi [illegible], & servus, & qui manumittitur [illegible], non minor decem & septem annis manumittatur.

N O T Æ.

5. *Si quis patrem,* [illegible] Finge filium, cum esset una cum patre [illegible] naturalibus in eadem domini potestate, [illegible] a domino institutum esse; hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porro.

[illegible] Quod fere in mulieribus usu venit, sed tamen in viris etiam [illegible], *l. 14. ff. de man. vind.*

[illegible] Plerique de procuratore ad negotia hunc locum accipiunt; Cujac. de procuratore ad judicia, ut & [illegible]. Bachovius de utroque, cui allentior.

[illegible] [illegible] exigitur prius [illegible]; *d. l. [illegible]*

§. Justa causa [illegible] Velati si patronus Senator fiat in *l. 23. ff. de [illegible]*.

Decem & septem Id *d. l. 13.* est *decem & octo*. Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hic vero non minor XVIII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆC desumpta sunt ex *leg. justa 9. leg. si minor 11. [illegible] seqq. de man. vind. l. matrimonii 11. qui & a quibus man.*

[illegible] Arbitror in genere hanc manumissionis causam [illegible], etiam si minori 20. annis specialiter opus non esset procuratore ad judicium, scilicet ut [illegible] servus, tanto commodius officium procuratoris [illegible] tam in judicio, quam extra judicium posset. Itaque neque Cujacio [illegible], qui *lib. 22. obs. 16.* locum hunc accepit de procuratore ad judicium tantum: [illegible] neque enim satis justa causa videtur, ut quis [illegible] litem persequendam servum suum manumittat: nec DD. [illegible], qui de procuratore ad negotia [illegible], quasi minor 25. annis alienæ litis procurator [illegible] quam posse: quod falsum est, *l. cum [illegible] 23. de [illegible]*. Sane ad [illegible] minor 25. annis procurator [illegible] non est; *l. [illegible] 51. de procur.* VINN. [illegible] id, ut quis alterius negotia [illegible] procuret, nec libertate nec XVII. annorum ætate opus sit, *arg. l. 7. §. 1. 2. [illegible] instit. [illegible]* [illegible] est, ut de judiciali tantum Procuratore loqui [illegible], cum Cl. Voetio existimemus. HEIN.

Matrimonii habendi Verbum *habendi* delendum esse [illegible] modo Latine sciat, negare poterit, nec in [illegible], ut neque in *leg. 20. §. [illegible] tit.* nec in *leg. 13. de manu. vind.* nec Theoph. agnoscit.

T E X T U S.

De causa semel probata.

6. *Semel autem causa approbata, sive vera sit, sive falsa, non retractatur.*

COMMENTARIUS.

EX *l. 9. §. 1. de man. vind.* Ratio est, quia lex Ælia Sentia [illegible] causæ [illegible], & [illegible], [illegible] ait in *d. leg. 9. §. 1.* causæ probationis contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

T E X T U S.

Abrogatio posterioris capitis Legis Æliæ Sentiæ.

7. *Quum ergo certus modus manumittendi minoribus 20. annis [illegible] per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui 14. annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi heredem instituere, legataque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset 20. annis, libertatem servo dare non posset. Quod non erat ferendum, nam cui totorum suorum bonorum in testamento dispositio data erat; quare non similiter ei, quemadmodum alias res, ita & de servis suis in ultima voluntate disponere, quemadmodum voluerit, permittimus, ut & libertatem eis possit præstare? Sed quum libertas inæstimabilis res sit, & propter hoc ante 20. ætatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: ideo nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori 20. annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi 17. annum impleverit, & 18. attigerit. Quum enim antiquitas hujusmodi ætati & pro aliis postulare concesserit; cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?*

N O T Æ.

7. *Libertas inæstimabilis res*) Servum tamen libertate donare non est inæstimabile domino, & alia haud dubie ratio legis Æliæ Sentiæ fuit, & hæc nimirum, quod servi minoribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicujus obsequii remuneratione; *leg. 2. C. si adv. lib. leg. 16. C. de lib. caus.*

Mediam viam Hinc inferunt posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere: utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est ἄπορον, id est, perplexa quæstio; *leg. 9. ff. ut leg. nom. cau. l. 40. ff. de hær. Instit.* Videndum tamen semper, quid suadeat ratio juris.

Pro aliis postulare *Leg. 1. ff. de postul.* Collectio tamen hæc minus bona est; adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere; sunt enim hæc plane diversa.

COMMENTARIUS.

NAM *cui totorum*) Argumentatur a majori ad minus κατασκευαστικῶς, cui quod plus est, licet, ei non debet quod minus est non licere, *l. 21. de reg. jur.*

Quum libertas inæstimabilis res sit) Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, *arg. §. 4. sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, et ipsi servo [illegible]; at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longe plus est, posse aliquem hæredem instituere, prædium legare, quam servo vilissimi pretii dare libertatem; licet ipsi servo [illegible] libertatem accepisse, quam hæreditatem aut prædium.

Idem nos mediam viam eligentes Hinc inferunt, posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. *obs.* 21. Thesaur. *decis.* 19.

Bour.

Bcer. *decis.* 239. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in *leg. filio* 7. *ut legat. nom. cav.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissentio inter Sabinum & Proculum esset, Cajus in *leg.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus, §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tamquam ingenuus hæres scriptus esset, cum substituto Parthenii hæreditatem divisit, *l. & hoc* 41. *de hær. instit.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est, quid suadeat ratio juris.

Nisi 17. *annum*) Jure novissimo permittitur non minus libertates, quam res alias testamento relinquere ea ætate, qua testamentum facere permissum est; masculis nimirum anno ætatis quarto decimo, feminis duodecimo, *Nov.* 119. *cap.* 1.

Pro aliis postulare) Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas: atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publice de jure respondisse, *l.* 1. §. 3. *de postul.* Est autem, si libere philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest, ergo & servum suum testamento manumittere; sunt enim hæc plane diversa. Nec pigeat in transitu dicere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum septimum purpuram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo fere anno ad Oratorem aliquem deducebantur, quicum in forum descendentes annum unum patronos audiebant, quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tamquam jam informati & non omnino rudes instituebant; funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. Sueton. *in Aug. cap.* 8. add. Car. Sigon. *l.* 3. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* VINN. Immo anno ætatis XV. expleto, togam virilem sumpsisse adolescentes, eleganter & cum apparatu demonstravit Henr. Noris. *Cenotaph. Pisan. Diss.* 2. *cap.* 4. HEIN.

TITULUS SEPTIMUS.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Conc. Lib. 7. *Cod. Tit.* 3.

T E X T U S.

Lege Fusia Caninia certus modus constitutus erat in servis testamento manumittendis, quam quasi libertatis impedientem, & quodammodo invidam, tollendam esse censuimus; quum satis fuerit inhumanum, vivos quidem licentiam habere totam suam familiam libertate donare, nisi alia causa impediat libertatem; morientibus autem hujusmodi licentiam adimere.

N O T Æ.

Lege Fusia Caninia) Lata hæc lex Augusti temporibus, ut ex Suetonio intelligimus *cap.* 40. ubi & ratio legis indicatur, ne sc. concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Roman. contaminaretur: sustulit eam Just. *leg. un. C. hoc tit.*

Certus modus) Certus numerus, quem in manumittendo excedere non liceret. Ulp. *tit.* 1. Caj. *lib.* 1. *tit.* 2. Paul. 4. *sent.* 14. Apud Vopiscum *Tacit. cap.* 10. legimus, Tacitum Imperatorem in testamento suo intra Caninianam mansisse. VINN. Nihil de testamento Vopiscus. Videtur potius Tacitus servos urbanos inter vivos manumisisse, & cum ultra centum non liberasset, existimasse Vopiscus, eum Lege Fusia Caninia impeditum fuisse, quasi ea lex ad manumissos inter vivos pertineret. Qua in re tamen magis forsan erravit Vopiscus quam Tacitus Imperat. HEIN.

COMMENTARIUS.

CErtus modus) Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat; vid. Ulp. *tit.* 1. Cajum *lib.* 2. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14. Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio *in Aug. cap.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur. VINN. Conferendus locus Dionysii Halic. *lib.* 4. *pag.* 228. *de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus.* Ubi vera causa legis ea de re latæ. HEIN.

Testamento) Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est, ut vivi & valentes tam profuse liberales simus, ut ea faciamus, quæ mox morituri: cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, liberalitatis laudem tum maxime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dionys. Halic. *lib* 4. *pag.* 228. ubi scribit; *Multos se vidisse, qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent, ut pilati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est legislatorum, ut ea sola prohibeant, quæ facile fieri posse existimant, non quæ difficulter; *l.* 4. *in fin. sen. Vell.* ubi eadem ratio redditur: cur Senatus intercessionem mulieris prohibuerit, non donationem, & videmus, quo facilius quid fieri potest, quod lex fieri non vult, eo strictius id vetari: ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea consentiente; *inf. quib. al. non lic. in pr.*

Totam familiam) Id est, ut Theophil. vertit; πάντας τοὺς οἰκέτας omnes servos. Servos enim unius domini familiam Veteres frequenter appellant, ut in *tit. si fam. furt. fec. l.* 9. *de jurisd. l. illud* 33. *in pr. ad leg. Aq. leg. optio* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio* 195. §. *servitutum* 3. *de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. Urbana* 166. *e. l.* Alias pleraque hujus vocis significationes habent in *d. l. pronuntiatio.*

Alia causa impediat) Puta si manumissor solvendo non sit, vel minor decem & septem annis.

Morientibus adimere) Argumentatio ab actu inter vivos ad ultimam voluntatem, eaque κατὰ κλᾶσιν. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præses Everhard. Claud. Cant. *in topic.* & Mynf. *hic*, certe non procedit, si legis Fusiæ spectemus rationem. Quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos, *l.* 4. *in fin. ad Senat. Vell.*

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Cont. D. lib. 1. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera divisio Personarum.

Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quædam personæ sui juris sunt, quædam alieno juri subjectæ. Rursus earum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ sunt in potestate parentum, aliæ in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subjectæ sunt. Nam si cognoverimus, quænam istæ personæ sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt; ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.

NOTÆ.

Alia divisio) Ex Cajo *l.* 1. *ff. hoc tit.* hac divisione personæ superiore divisione secretæ iterum in unum coguntur, quia de vi, & effectu dominicæ potestatis adhuc erat cognoscendum.

In potestate) Varia est hujus vocis significatio, *l.* 215. *ff. de verb. sign.* hic summam significat, ἄκραν ἐξουσίαν, ut definit Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic ex Cajo *l.* 1. *h. tit.* alia personarum divisio, sed non sine vitio. Primum quia hæc ex summa illa, quæ *sup. tit.* 3. tradita est, non deducitur: deinde quia de servis jam ante intellectum est, eos omnes esse juris alieni, ut nihil necesse fuerit rem eamdem inculcare. Rectius fecissent Compositores, si hic omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant, §. *ult. d. tit.* 3. porro persecuti essent, eosque subdivisissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. *l.* 4. *h. t. tit.* Excusantur tamen quod cum de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coegerint.

Simul intelligimus) Ratio ex hoc principio logico petenda: *Contrariorum cognito uno cognoscitur & alterum.* *Arist. l.* 1. *Top.* 14. & 2. *cap.* 2. Cic. *in Top.* & 2. *de orat.* Non quod explicata & cognita una specie generis divisi, statim accurate cognoscamus naturam speciei oppositæ: sed quod illa cognita, intelligimus cætera, quæ sub genere comprehensa sunt, ad species oppositas pertinere. Nam illud tantum in universum verum est, unum oppositum alterius cognitionem juvare in eo, quatenus oppositum est: quo pertinet illud Arist. 2. *Rhet. cap.* 12. τὰ ἐναντία παράλληλα μάλιστα φαίνεται.

TEXTUS.

De Jure gentium in servos.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi: quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia interna licere servum occidere.*

EX quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat: Cæterum quod hic ex Cajo *l.* 1. §. 1. *h. t.* Justinianus refert; apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse; de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse, sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos, Germanos, Hispanos, ipsosque adeo Græcos, teste sunt Justin. *lib* 41. 2. Tacit. *de morib. Germ. c.* 25. Athenæus *lib.* 6. Bodin. 1. *de repub.* 5. Grot. 3. *de jur bell. & pac.* 14. Et agnoscunt omnes, multum distare id, quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri finit. *Cum in servum*, inquit Seneca 1. *de Clem.* 18. *omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulo ante: *In mancipio*, ait, *cogitandum, non quantum illud impune pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero si natura inter homines omnes cognationem quamdam constituit, *l.* 3. *de just & jur.* consequens est, hominem in hominem sævire, nefas esse: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere, aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est: *Domini, jus & quod æquum est, servis præstare, gnari vobis quoque dominum esse in cælo, ad Coloss.* 4. *vers.* 1. VINN. Hæc quidem omnino recte se habent. Sed numquam tamen veteres Dominis permisisse puto promiscuam servos occidendi licentiam. Ea Dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat, quam summo imperanti, cui jus vitæ & necis est, non tamen occidendi vel sæviendi licentia. Nec plus periculi erat, ne Dominus servos suos sine ratione occidere vellet, quam ne quis equos occidat. Servi enim erant nobilissima pars patrimonii. HEIN.

Quodcumque per servum acquiritur) Hoc ut rationi juris gentium convenit: nam qui in aliena non tantum potestate, sed etiam dominio est, nihil proprium habere potest; de quo plenius *in* §. *item verbis* 3. *inf. per quas pers. cuiq. acq.* ita nihil admodum iniquitatis habet: quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De Jure Civium Romanorum in servos.

2. *Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperio nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sævire. Nam ex constitutione D. Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus puniri jubetur, quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coercetur. Nam Antoninus consultus a quibusdam Præsidibus provinciarum de his servis, qui ad ædem sacram, vel statuam Principum confugiunt, præcepit, ut si intolerabilis videatur sævitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur; & recte; expedit enim Reipublicæ, ne sua re quis male utatur. Cujus rescripti ad Ælium Martianum missi* ver-

verba sunt hæc: „ Dominorum quidem potestatem in „ servo illibatam esse oportet, nec quidem hominum „ jus suum detrahi, sed & dominorum interest, ne auxilium contra sævitiam, vel famen, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui juste deprecantur. „ Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Junii Sabini ad sacram statuam confugerent, & „ si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami „ injuria affectos esse cognoveris, venire jube; ita ut „ in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ „ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

NOTÆ.

2. *Sine causa*) Descripta hæc partim ex *l.* 1. §. 2. partim ex *l.* 2. *ff. hoc tit.*

Non minus puniri) Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidii, quam si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis; neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus est, ubi sibi quis damnum infert.

Major asperitas) Modica tantum castigatio dominis permittitur, *l.* 1. *C. de emend. serv.* adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia; juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. Grot. *ubi sup.*

Ædem sacram) Fana ethnicis pro asylis erant; Plaut. *Rudent. Act.* 2. *sc.* 7. *Virgines duæ Veneris fano sese adversus lenonis vim tuentur.* Tac. 3. *annal. c.* 60. *Complebantur templa pessimis servitiorum &c.* Sublato Paganismo idem jus ἀσυλίας, templis Christianorum tributum; *tit. Cod. de his qui ad Eccl. confug. Nov.* 17. Hæc verba, *ad ædem sacram* non sunt apud Ulp. Rufini *tit.* 3. nec in *d. l. h. t.* nec Theophilus habet. VINN. Rufini Ulpianus, quod semel monendum, Vinnio est fragmentum Ulpiani apud pariatorem legum Mos. & Rom. *tit.* 3. §. 3. Sed Licinium Rufinum hujus collationis auctorem esse nondum constat. HEIN.

Statuam Principis) Statuæ quoque Principum his, qui ad eas confugissent, asyla fuerunt; *l. un. Cod. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant, quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως sanguinem effudissent; *Num.* 35. 11. *Deut.* 19. *Jos.* 20. 2. & 3.

Bonis conditionibus) Justo pretio, ut in *leg.* 12. *ff. de relig.* Et ne dominus infensus duriores conditiones adjiciat; veluti ne manumittantur, ut tamquam fugitivi in vinculis habeantur, Th. & *l.* 25. *de stat. lib.*

Expedit Reip.) Hæc sententia est apud Sosipatrum. Potest quis etiam abuti re sua, *l.* 25. §. 11. *ff. de hær. pet.* Sed tamen providendum, ne privati fortunis suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest) Alia ratio decidendi. Ne si servi nullum sibi contra dominorum sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi inferant, aut in perniciem domini aliquid moliantur.

Severius executurus) Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum. Nam certa pœna hic definita non est. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*
2. *Sicariis, adulteris, raptoribus, & similium criminum reis, jus asyli dandum non esse.*
3. *Potestatem, quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi.*

Refert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano, *l.* 1. & *l.* 2. *hoc tit.* Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, qua plerique immoderate utebantur; quæ hujus potestatis moderatio ad jus naturæ, sive internam justitiam jus illud exterius retraxit.

Sine causa) Nam ex causa licet; puta si servum in facinore deprehenderit, in quo repertum etiam liberum occidere jus sit. VINN. Veluti si Dominus servum sibi insidiantem, vel in adulterio deprehenderit, *leg.* 53. §. 5. *de Leg.* 1. *l.* 96. *ff. de verb. sign.* junctio. §. 2. *Instit. de Lege Aquil.* & *l.* 24. *ff. ad L. Jul. de adulteriis.* HEIN.

Non minus puniri jubetur) Hoc est, publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.* 2. §. 2. *ad l. Corn. de sic.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non potest, cum quis sibi damnum, non alii infert.

Major asperitas) Modica autem castigatio dominis permittitur, *l.* 1. *Cod. de emend. serv.* & tamen circa pœnas minores, puta verbera; in servos adhibenda est æquitas, imo & clementia. In constitutionibus, quæ Clementi Romano adscribitur, legimus, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παιδίσκῃ, ἐν πικρίᾳ ψυχῆς. *Non opprimes servum, non dominaberis ei dure*, ait lex divina de servo Hebræo, *Deut.* 14. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Eph.* 6. dominis imperat, *ne cum servi minaciter agant*, eo argumento, *quod & ipsi dominum in cœlis habeant, qui ad talia qualitatum discrimina non attendat.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humanæ habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione; nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plin. *l.* 5. *Epist.* 19. sic ad Paulinum scribit: *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud*, πατὴρ δ' ὣς ἤπιος ἦεν, & hoc nostrum *paterfamilias*. In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat: *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri domini, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamilias appellaverunt; servos familiares epist.* 47. plura hujusmodi habet Grot. *lib.* 3. *de jur. bel. & pac. cap.* 14.

Ad ædem sacram) Ad fana seu templa Deorum, quo confugientes aras & signa Deorum amplecti solebant, Plaut. *Mostel. ad Act.* 5. *scena* 1. & *Rudent. act.* 2. *scen.* 7. Virg. 2. *Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur. *Tacit.* 3. *annual. cap.* 60. & quia ab his locis neminem eripere fas erat; ideo ἄσυλα, dicta sunt. Sublato paganismo Imp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad Eccl. conf.* sed levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios, adulteros, raptores, aut similium criminum reos: neque τοῖς ἀδικοῦσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις. jus asyli dari, *Nov.* 17. *cap.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atque iis solum ἄσυλον dari, qui ἀκουσίως sanguinem effuderint. *Exod. cap.* 21. *v.* 13. & *seq. Num.* 35. *v.* 6. & 11. *Jos. cap.* 20. *vers.* 2. & 3. Cui etiam convenit, quod Thucydides, *lib.* 7.

lib. 7. scribit, [illegible] *κατα* [illegible] [illegible]. [illegible] autem [illegible], remotis solis nocturnis [illegible] [illegible], & publicis latronibus, cæteri [illegible] facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent, [illegible] *inter alia*, [illegible] *fin. de immun. eccles.*

Ad statuam Principum] Statuæ etiam Principum, his qui ad eas confugiunt, asyla fuere, *leg.* 1. §. 1. *de* [illegible] *de his qui ad stat. princ. conf.* quæ statuarum veneratio plane antiqua est. Meminit Livius *lib.* 23. *cap.* 10. statuæ Ptolomæi Regis apud Cyrenas, ad quam [illegible] quidam Decius Magius Campanus, qui a [illegible] vinctus Carthaginem [illegible], confugisset, manus hostium evaserit. Plura de statuis & imaginibus Principum vide apud *Brisson.* 4. *antiq.* 11.

C[illegible] *servos suos*] Apud Græcos quoque servis durius [illegible] licebat [illegible], ad venditionem proclamare, teste Plutarcho [illegible], aut certa pecunia se redimere; ut ex Plauti Casina discimus, quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult.* [illegible] *quis* [illegible] *de parte*, qui filium, quem contra pietatem male afficiebat, manumittere cogitur.

[illegible] justo pretio: item ne gravis conditio venditionis a domino servis injuria apponatur; veluti ut ne manumittantur; ut [illegible] exportentur; ut in vinculis semper habeantur. Theophil.

Vendere] Homo rem suam vendere cogitur, *l. invitum* 14. *C. de contr. empt.* ac ne justo quidem pretio, *l.* 9. [illegible] *ver. am.* nisi id exigat utilitas publica, quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt; veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogantur divites & maximæ negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, *per l.* 1. §. [illegible], 11. [illegible] *ff.* [illegible] *l. annonam*, 6. *de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, §. *ultim.* [illegible]. Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie, *l.* 22. *in fin. de* [illegible].

Pretium [illegible] *datur.*] Observandum etiam nunc, cum quis ex justa causa rem suam alienare cogitur, pretium ei reddendum esse.

Expedit enim Reipub. Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata*, 21. *C. d. mand.* [illegible] etiam abuti potest, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit*, 11. *de har. pet.* Cæterum interest Reipub. huic arbitrio modum a lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortuna servus, homo tamen est, & [illegible] naturæ domino æqualis. Nimirum Reip. institutio id secum fert, ut dominium quoddam habeat superius [illegible] domino ad necessitates, aut utilitates publicas; quod Grotius, *l.* 2. *de jur. bell.* & *pac. c.* 2. & *in* [illegible] *ad l.* [illegible] *Barbarius*, 3. *de off. Præt.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam [illegible] Plato, *lib.* 11. *de legib.* Hinc est, quod Princeps etiam [illegible] bonis subditorum disponere potest, dirigendo [illegible] usum ad publicam seu communem utilitatem. [illegible] etiam persæpe potestas, quam [illegible] in re sua habet, lege civili restringi [illegible].

[illegible] *jus suum detrahi*] Ratio [illegible] [illegible]. Unde intelligimus, ne a Principe quidem [illegible] jus suum sine causa detrahi, de quo [illegible] *quæst. cap.* 8.

Sed & dominorum [illegible]] Alia divisionis ratio præter eam, quæ supra posita est, ad ipsos dominos pertinens ne videlicet servi, si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant, aut manus sibi afferant, aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Cæterum ex iis, quæ supra disputavimus, abunde liquet, opus non esse, ut causa coercendæ dominicæ potestatis, summo gentium jure concessæ aliunde petatur quam ex eo, quod ratio naturalis fieri sinit, a qua longe abit absoluta illa & infinita potestas quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

TITULUS NONUS.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. *Cod. Tit.* 47.

Continuatio & argumentum Tituli.

Sequitur pars altera divisionis initio superioris tituli traditæ, ad eos pertinens, qui sunt in potestate patria. Potestas hæc tribus modis constituitur; justis nuptiis; legitimatione; adoptione. Nuptiæ naturalem hujus potestatis causam continent; ideoque de hoc modo primo loco quæritur: doceturque hoc titulo, quid sint nuptiæ; cujus juris sit patria potestas; qui quos in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, nonnihil nos dicemus in exegesi, §. 2. *hoc tit.*

T E X T U S.

In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptiis procreamus.

N O T Æ.

In potestate nostra) Ex Ulpian. in *l.* 3. *ff. de his qui sui vel alieni juris sunt.*

Justis nuptiis) Nam ex injusta conjunctione nati in potestate patris non sunt: *l.* 23. & *seq. ff. de stat. hom.* §. *pen. infr. tit. seq.* Denique in hoc negotio is solus pater habetur, quem nuptiæ demonstrant; *l.* 5. *ff. de in jus voc.* In notis I. N. Q. *Justis nuptiis quæsitus*. Grot.

COMMENTARIUS.

Ex *justis nuptiis*) Nam, ut nuper diximus, liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l.* 1. *de stat. hom.* adeoque nec patrem jure civili habere intelliguntur, sicut nec vulgo concepti, §. *pen. seq. tit.* Lege quidem naturæ matris conditionem sequuntur, ut scribit Jurisconsultus in *l. jus natur.* 24. *d. tit.* sed cum feminæ liberos in potestate non habeant, §. *femina*, 10. *inf. de adopt.* sequitur, eos nec in potestate avi materni esse.

T E X T U S.

Definitio nuptiarum.

1. *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.*

N O T Æ.

Nuptiæ) Sic dictæ a nubendo, quod olim novæ nuptæ

præ pudoris ergo caput nubere flammeo solebant. Fest. Nom. & alii.

Conjunctio) Consensu suscepta: nuptias enim non concubitus, sed consensus facit, *l. 30. de reg. jur. l. 1. ff. de con. l. & dem.*

Individuam, &c. Modestin. *l. 1. ff. d. t. rit. nupt. consortium omnis vitæ*, quo significatur non tantum domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. *cap. 1. de nupt.* Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

Continens) Nempe voto & proposito contrahentium: nam eventus non semper respondet proposito.

COMMENTARIUS.

1. *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.*
2. *Non licet plures uxores eodem tempore habere.*
3. *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consuetudo, & quæ gentes in ea perpetuo persliterint?*
4. *Quid vitæ consuetudine significetur?*
5. *De sponsalibus quædam notatu digna.*

N*Uptiæ sive matrimonium*) Promiscue fere vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpatur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei: *ut in l. pen. de donat. int. vir. & ux. l. sancimus*, 24. *C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur, *Joann. cap.* 2. Illud translatitium est nuptias a *nubendo* dictas esse, eo quod olim novæ nuptæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant; idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca in *Octavia*, de Poppæa Neroni nubente *v.* 701.

Velata summum flammeo tenui caput.

(1) *Conjunctio*) Hoc generis loco ponitur: & simul caussam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, *l. si servus*, 39. §. 1. *de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonii consensu stabilitum nihil adjicit, juxta tritum illud: *Nuptias, non concubitus, sed consensus facit*; *l. pen. de don. int. vir. & ux. lib.* 15. *de cond. & dem. l. nuptias* 30. *de reg. jur.* Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem, per *l. 5. de rit. nupt. l. 15. de cond. & dem. l. 6. C. de donat. ante nupt. l. sancimus* 24. *Cod. de nupt.* Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ *l. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii *l. si donationem* 22. *Cod. de nupt.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l. 5. de rit. nupt.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & demon.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor ducta est: & Justinian. *l. sancimus* 24. *Cod. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas; ex mente extraneorum sumptum est, qui cum nuptias aliquas futuras nominant, sed solemnitatem & celebritatem nuptiarum cogitatione referre solent. Sed & in re ambigua hoc ritu consensus declaratur, & nuptiæ ex deductione, aut festivitate intelliguntur per se, quod tantum ostendere volui. Imp. in *d. l. 6. Cod. de don. ante nupt.* Qui plura de ritibus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat Brisson. *lib. singul. de rit. nupt.* VINN. Consensus faciebat nuptias. Sed in manum non conveniebat Uxor, nisi adhibito solemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione, coemptione, usu. Denique & domum deductione opus erat quoties non de voluntate ipsorum contrahentium, sed de explenda voluntate aut legislatoris, aut tertii cujusdam quærebatur, quales casus sunt in *l. 5. ff. de rit. nupt. l. 15. ff. de cond. & dem. l. 24. Cod. de nupt.* apud Paul. *Recept. sent.* 11. 19. §. *pen.* nec non in *l. 6. C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. *in Comment. Tom.* 11. *pag.* 377. HEIN.

Viri & mulieris) Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris, ἑνὸς, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio per mortem alterius soluto, aliam ducere, prohibitum non est: quod tamen & ipsum species est πολυγαμίας. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere, quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendemus *tit. seq. §. affinitatis* 6. idque divinæ simul ac naturali legi convenienter: quia etsi non adversetur primis principiis, adversatur tamen conclusionibus juris naturalis: quod ergo paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque institutioni matrimonii contrariam esse polygamiam, evincitur primum ex loco *Matth.* 19. 8. Nam argumentum, quo ibi Christus utitur adversus divortium, *ab initio autem ita non fuit*, nullas vires habet, nisi hanc majorem præsupponat: Ita in matrimonio se res habere debent, quemadmodum in principio fuit. (2) Assume jam: At qui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes.* 2. *sub. fin.* Ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est, mas cum femina una conjugii debent. Eadem plane ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap.* 2. *vers.* 14. & *seqq.* ut bene ostendit collega noster D. Joann. Coccejus in [illegible]. Præterea *Levit.* 18. 18. polygamia expresse prohibetur, quod Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant, locum ex phrasi Hebræa ita vertentes: *Mulierem unam ad alteram ne assumito.* Tertio, cum cæremonialia præcepta in novo testamento abrogata fuerint, quæcunque Apostoli præcepta tradidere, moralia esse constat, tum in politia, tum in œconomia, & a singulis observanda: Atqui 1. *Corinth.* 7. 2. monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere, si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id a singulis observandum, & perpetui juris est; adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi a Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censeantur, *Matth.* 9. 5. & 1. *Cor.* 6. 16 nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus

ejus plures simul uxores duxisse; ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias hoc in Lamecho expressisset Moses, *Genes.* 4. v. 19. Sed & communis ratio polygamiam damnat, primum quia mutuum conjugum amorem, quem singulares nuptiæ fovent, dividit, deinde quia fidem violat, qua alter alteri sese perpetuæ consuetudinis vitæ obligatione tradit, & corpus suum mancipat: unde merito Christus pronuntiat eum mœchari, qui vinculo prioris matrimonii non soluto, aliam uxorem ducit. *Matth.* 19. 9. Cui convenit illa Tertull. *l.* 4. *advers. Marc. manente matrimonio nubere adulterium est*. Postremo & ratio societatis exigit, ut quemadmodum uxor uni viro, ita vicissim vir uni uxori obstringatur & adhæreat, ut disputat Grot. 1. *man.* 3. quamquam alio abit *l.* 2. *de jur. bell. cap.* 5. Quamobrem concludendum est non licere plures uxores eodem tempore habere. Patrum antiquorum autem exempla nobis favere nequeunt: quia illi vel ex revelatione & dispensatione divina in polygamiam consenserant, vel, uti nuper dicebam, cum polygamia pugnet cum conclusionibus, non cum principiis juris naturæ, invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores. Non enim ea, quæ contraria sunt mediatis conclusionibus ex principiis juris naturæ deductis obligant, nisi aliqua lege vel Divina, vel humana superveniente, quæ numquam aut revelatione aut alia via dispensata fuerit. Hujus autem dispensationis pro antiquis Patribus perspicuum argumentum adest *Deus* 11. ubi quædam de Polygamis tractantur, absque ullo prævaricationis & reprehensionis nævo. Alioquin egregie Apostolus adularetur Abrahæ, Jacob, & David, qui omnes pluribus uxoribus adhæsere, & tamen illos Sanctos evulgat.

2 *Individuam*, Verbum hoc, *individuam*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hæreditas dicitur a Modestino *l. fine* 22. §. *Lucius 6. de adm. tut.* & a Paulo individuum curæ officium: *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* Altero modo pro eo, quod dividi non potest; ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit: prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patebit; altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facile dividi, hoc est, separari, & pro arbitrio unius dissolvi possumus. Neque enim nuptiis passim renunciare licet; adeoque Imperatores Christiani non nisi ex gravissimis causis divortia admittunt *leg.* 8. *Cod. de Repud. Nov.* 117. *cap.* 8. & 9. Dici etiam potest, conjugale vinculum ex proposito & voto contrahentium perpetuum atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio, quod definitione considerandum non fuit. Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam, quam hic Deus sibi partem vindicat, exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam, ut Christus nos docet, initio conjugium sic a Deo institutum est, ut indissolubile esset. Ibi Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjunxit, homo separare non debet, *Matth.* 19. quo etiam loco, & *Matth.* 5. prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa aut æqualis atrocitatis aut adulterii fiunt. In illa autem, quam dixi, perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos permansisse scribit Tacitus *de moribus Germ. c.* 2. Apud Romanos quoque a condita Urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt Dionys. Halicar. *lib.* 2. Val. Max *lib.* 2. *cap.* 1. Gell. *lib.* 4. *cap.* 3. Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permissa, sed viris dumtaxat; ut arguit locus Plauti *in Mercat. act.* 4. *sc.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divort. & repud.* Juvenalis *satyr.* 6. notat mulierem, quæ crebro divertendo, intra quinquennium octies viros permutaverat. VINN. Sed & hæc ipsa divortiorum licentia apud Romanos argumento est, in definitione hac *individuam vitæ consuetudinem* non opponi divortiis, sed separatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat communes habere penates, communem thalamum: & hinc uxor domum ducenda. Eodem ergo sensu individua dicitur vitæ consuetudo inter Conjuges, quo amici dicuntur esse comites individui. Vid. Tacit. *Ann. l.* 6. *c.* 10. Et sic egregie hæc definitio congrui alteri Modestini *in tit.* 1. *ff. de ritu nuptiarum*. HEIN.

4 *Individuam vitæ consuetudinem continens*) Adjunctum proprium, atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quamdam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum, in summa rerum & corporum communicatione, συμβίωσιν & συνουσίαν κοινήν. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cum ait: *Nuptiæ sunt conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio*. Nulla enim res est, sive divini, sive humani juris, quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos salva honestate conjugii promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus*; *l.* 4. *Cod. de crim. exp. hær.* Quamquam fortasse Modestinus & Gordianus, cum ita loquuntur, alio respiciunt, nempe ad sacra Paganorum, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum Cic. 2. *de legib.* Plaut. *in Captiv.* Plin. *in Paneg.* add. Duar. *in l. solut. matrim. de nupt.* Male nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum societas, qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure canonico. Peck. *de testamen. conj.* 3. *cap.* 1. Covarr. *de matr. p. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Chassan. *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. & 16. Novissime D. Lambert. Goris *advers. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

(5.) Nuptias honestatis causa præcedere solent sponsalia, ita dicta a spondendo, quia moris fuit veteribus stipulari & spondere sibi uxores futuras: *l.* 2. *de sponsal.* Gell. *l.* 4. *c.* 4. unde etiam sponsi sponsæque appellatio nata est; *l.* 3. *eod.* Sunt autem sponsalia, ut Florentinus definit, mentio & promissio futurarum nuptiarum; *l.* 1. *eod.* Ait, *futurarum nuptiarum*; siquidem unum tantum genus est sponsaliorum, mutua scilicet promissio de futuris nuptiis: quamvis enim jus canonicum duo genera constituat, unum eorum, quæ de futuro appellant, alterum, quæ de præsenti, *cap. pen. & ult. x eod.* hanc tamen distinctionem Auctores juris civilis non agnoscunt, quibus sponsalia de præsenti sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum; *l. nupt.* 30. *de reg. jur.* Sed neque juris canonici Interpp. per sponsalia de præsenti, quæ vocant, negant contrahi matrimonium; sed tantum respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati, hæc etiam sponsalia

salia ab iis dicuntur. Panor. *d. c. pen. num.* 2. Covar. *de sponf. p. 1. c. 1. n. 6. & in c. omnis res 4. c. cum initiatus 5. c. conjunges 6. conjug. 9. c. 27. qu.* 2. Sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor, ita tamen post copulam hæc sponsalia de præsenti indissolubilia sint quacumque potestate quoad vinculum: si vero conjunctio corporum nondum intervenerit, dissolvi possint Religionis monasticæ professione, *cap. 2. & leg. de convers. conjug.* Nostrates quoque uxorem a sponsa hoc solo distinguuntur, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicatur uxor, antea appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus erat jure canonum, quod in matrimonium transirent per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *cap. veniens 15. cap. is qui fidem 30. ñ de sponsal.* quamvis canones isti decreto Concilii Tridentini abrogati sunt, *sess.* 24. *c.* 1. §. *qui aliter de reform. matr.*

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

NOTÆ.

1. *Proprium civium Rom.*) Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum a decemviris Dionys. Halic. *lib.* 2. p. 96. *seqq.*

Talem potestatem) Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem, nempe patria potestas indefinite considerata originem ex jure naturæ trahit. Plin. *in panegyr. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit*; ut etiam Arist. 1. *polit.* 8.

Qualem nos) Immensam & plane δεσποτικὴν, quæ continebat jus vitæ & necis, vid. *Halic. ubi sup.* t. 11. *ff. lib. & posthum. l. ult. C. hoc tit.* Sigon. *l.* 1. *de jur. ant. civ. Rom.* 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Simpl. ad Epicteti *Enchirid. c.* 37. Simile patrium jus apud Persas ut tyrannicum accusat Arist. 8. *Nicomac. cap.* 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patriæ potestatis multum imminuta. VINN. Vel ideo recte negat Justinianus ullos alios homines talem in liberos habere potestatem, qualem habebant Romani, quia patria Potestas revera erat Quiritarium dominium. Unde liberi ratione patris non erant personæ; sed res mancipii, quæ venundari, mancipari, vindicari, immo & ob justam causam occidi poterant. Vid. celeb. Bynkershoek *de jur. oc. lib. cap.* 1. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.*
2. *Jus patriæ potestatis par herili initio fuisse, sed sensim multis modis imminutum.*
3. *In his regionibus vetera patriæ potestatis jura ignorari.*

CErtum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem a dominica, idque a causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium; hic patriam dicit esse propriam civium Rom. sive juris civilis. (1) Videamus, quam recte jura civilis esse dicantur non solum quæ sunt juris mere positivi, sed etiam ea, quæ mixti juris sunt: & secundum quid tantum civilis: quatenus scilicet cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant, lex civilis certam eis formam dedit, novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit, exclusis ab eorum communione peregrinis: quod pluribus docemus, & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jure nat. gent.* Inter ea, quæ mixti juris sunt, numeranda est patria potestas, nam origo ejus non ex alio jure, quam ex quo matrimonium, quæ prima & antiquissima paterni imperii causa est; nimirum marito ut capiti familiæ naturæ lege atque ordine competit imperium in omnem familiam, in uxorem, in liberos, in servos: quamvis non eod. imperii genere omnibus imperet. Nam, ut recte & naturali ratione convenienter docet Arist. 1. *pol. cap.* 1. & 8. *Ethic.* 12. neque maritus uxorem, pater liberos servili imperio regere debet; sed uxorem πολιτικῶς, ut in Optimatum Republ. Magistratus cives suos: liberos autem βασιλικῶς, ut rex subditos: quos ut Rex amat, & ut ad eorum utilitatem omnia dirigit, ita & liberos ex se genitos amat pater, curam eorum gerit, iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior, & tanto antiquior, quanto matrimonium antiquius est bellis, & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.* At considerata in specie & definite secundum leges & mores Romanorum, civilis est: & hoc sensu recte opponitur potestati dominicæ, quæ meri est juris gentium; §. 1. *supr. præc. tit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falso existimant Mynsi., Schneid. Wes. *vel.* §. 2. *præc. tit.* quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint; sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi. Vid. quæ notamus sub *dict.* §. 1. & 2. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscure ostendunt. Nam hoc ipso quod ait, nullos alios homines, *talem potestatem in liberos habere, qualem cives Romani habent*, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condiderunt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modice castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent; id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio ἀποκήρυξις, dicebatur *l. 6. Cod. hoc tit.* Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione; teste Dion. Halic. *lib.* 2. p. 69. (2) At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem, quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, & laudem singularis erga Rempublic. studii consecutus esset. Non Modum, quia immensa fuit & plane δεσποτική. Nam primum ex lege Romuli, repetita, postea & confirmata a Decemviris, filiusfamil. in patris sui manu, potestate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis, terque venumdandi potestatem, in quo majus etiam jus patris, quam domini fuit, auctore eodem Dionys. *dict. lib.* 2. *fac. l. in suis* 11. *de lib.*

& post-

& postliminium. l. ult. C. de pat. pot. Quo tamen loco lapsus est in eo Constantinus, quod scribit, non licuisse patri filio eripere libertatem: nisi sic eum excusari placeat, quod jus vendendi citius exoleverit quam vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanarum Scriptoris, qui Augusti temporibus floruit, quam Byzantini. Quod vero Ulp. tit. 8. *de his qui sui vel alien. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse; id tantum, ut ego existimo, verum est respectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris, *l. 2. de vulg. & pup.* aut in imaginarios converti; ut vendendi potestas. Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri; ut scribit idem auctor *lib.* 8. Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, utpote a ratione juris naturæ, atque a pietate, in qua patris imperium consistere debet, *l. 5. de l. Pomp. de parricid.* nimis longe recedens, merito postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere; si vero quid tale filius admisisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad Magistratum rem deferri leges voluerunt; *l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis ut videtur: a quibus cum bonarum litterarum disciplinas accepissent, ad hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus *inf. tit. per quas pers. cuiq. acq.* 3) Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus. Nobis vero vetusta potestatis patriæ jura plane incognita sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus D. Grot. 1. *manud.* 6. D. Gudelin. *lib. 1. de jure novis.* cap. 14. Et sane non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis. VINN. Non lapsus videtur Constantinus M. *l. ult. C. de patr. pol.* dum negat *licuisse patri filio eripere libertatem*. Libertatem enim pro ingenuitate accipit: sensusque est, quamvis parentes in servitutem vendiderint liberos, non tamen iis ereptam esse ingenuitatem, si quidem manumissi non libertini fuerint facti, sed ingenui. Vide quæ supra notavimus ad §. 1. *Instit. de ingen.* Libertatem autem autem veteres sæpe pro ingenuitate dixisse vel ex *l. 4. ff. de just. & jure* apparet, ubi *tria genera hominum referunt, LIBERI, & his contrarium SERVI, & tertium genus LIBERTI*. HEIN.

T E X T U S.

Qui sunt in potestate.

3. *Qui igitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore ejus nascitur; id est nepos tuus & neptis, æque in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps cæteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt, sed in patris eorum.*

C O M M E N T A R I U S.

Qui *ex filio tuo*; *l. 4. de his qui sui vel al. jur.* Ratio perspicua est. Quia in familia avi paterni nascuntur: omnes autem, qui sunt ejusdem familiæ, subjecti sunt familiæ principi, qui hic est tuus pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest; *l. sic eveniet, 21. ad. l. Jul. de adult. & ita deinceps l. 5. ff. de his qui sui alien. jur.*

Qui autem ex filia tua) Nati ex filia mea, non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitimæ 19. de stat. hom. l. familiæ 106. §. 1. de ver. signif.* Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiæ suæ finis dicitur, *leg. pronuntiatio 195. §. ult. d. tit.* At, inquis, cum nuptiis filiætam. non solvatur jus patriæ potestatis, *§. 2. inf. de senat. Tertyll. l. 2. §. 1. quoties 2. d. l. matr. l. 1. §. ult. de inspic. ventr.* cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, æque est in potestate mea, sed in potestate patris sui? Respondeo, id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ 19.* & naturali, sive potius jure gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure, eius qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam, hactenus juri suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coemptione, in familiam & potestatem viri transibat: eratque ei filiæ loco, & jura suorum hæredum in familia nanciscebatur; matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu, si filiafamilias nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotom. adeat, quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. *in Topic. c. 3.* & Boet. *ibid.* Dionys. Halicarn. *lib. ant. 2. p. 9.* Gall. *lib. 18. cap. 6.* Ulp. *in fragm. tit. 9.* diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.

DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. Tit. 2. C. L. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis Argumentum Tituli.

Etsi superiore Titulo de Nuptiis dici cœptum est, ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis; tamen cum ex iis, quæ ibi dicta sunt, nondum intelligamus quæ sint justæ nuptiæ, ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque, ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ, & quibus matrimonio jungi non possunt, qua pœna afficiantur qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem *Legitimationem* nunc vulgo appellamus.

T E X T U S.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patres familiarum sint, sive filii familiarum, dum tamen, si filii familiarum sint, consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt: nam hoc fieri debere, & civilis & naturalis ratio suadet in tantum, ut jussus parentis præcedere debeat. Unde quæsitum est: an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Cumque super-

per filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

NOTÆ.

Feminæ viri potentes) *Maturæ viro* ὡραῖαι Theophilus αἱ γυναῖκες ...) Feminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, *l. 4. ff. h. t. l. 10. C. de cond. & dam. l. pen. ff. quand. dies leg.* quippe qua ætate feminarum incipit purgatio, teste Macrob. *d. loco*. Cur in feminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Arist. 4. *de gen. anim. cap. 6.* Macrob. 7. *Saturn. 7.*

Consensum parentum) Nuptiæ consistere non possunt de hoc jure, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt, *l. 2. ff. h. t. l. 12. Cod. eod.* consensum tamen non impedit obsequium reverentiæ paternæ debitum, *l. 22. ff. eod.* Apud nos vero parentum consensus, etsi honestatis, non tamen necessitatis est.

Et civilis) Scil. patria potestas, in filiosfamilias accedit, & hæc, ne cui invito suus hæres agnascatur, *§. 7. inf. tit. seq.*

Et naturalis) Reverentia & obsequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, *l. 2. ff. de just. & jur.* quo tamen contempto nuptiæ non essent irritæ, nisi lex civilis adderet δύναμιν καὶ ἀναγκαστικήν. *l. 11. de stat. hom. l. 21. Cod. hoc tit.* quam tamen non attendunt Auctores Juris Canonici.

Præcedere) Jussus, id est, voluntas sive consensus parentis præcedere debet, *l. 25. §. 4. de acq. hæred.* ideoque non sufficit hic ratihabitio, Per *l. 13. §. 6. ad leg. Jul. de adult. l. 11. ff. de stat. hom. l. 6. Cod. hoc tit.* sufficit autem vel tacitus consensus præcedens, aut concomitans, *l. 5. Cod. eod. l. 7. §. 1. ff. de sponsal.* non enim velle debet pater, sed non nolle, id est, συναινεῖν. Sed vid. *infr. in comment. n. 4. & seqq.*

Ex nostra constitutione) Modus hic est, ut ex sententia creatoris ipsius furiosi, & nobiliorum totius familiæ, itemque magistratus aut Episcopi ipsius Civitatis, de nuptiis statuatur, *l. 28. C. de episc. aud. l. 25. C. h. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento vocabulum* justas *significet?*
2. *De ætate coeuntium.*
3. *De eorum consensu.*
4. *De consensu parentum adhibendo.*
5. *Et quid de Jure Canonico?*
6. *Ratihabitio patris an efficiat, ut retro nuptiæ absque consensu ejus contractæ legitimæ fiant.*

(1) J*Ustas*) Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco justum idem significat, quod τὸ νόμιμον, legitimum: & justæ dicuntur nuptiæ, quæ secundum jura civitatis Romanæ inter puberes cives contrahuntur; eodem sensu, quo justum matrimonium in *l. un. unde vir. & uxor. l. de his quib. ut indign.* Sic justi liberi dicuntur legitimi, ad differentiam naturalium dumtaxat & vulgo quæsitorum, *l. 5. pen. l. 12. de stat. hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Julia 44. §. 44. hoc tit.* justa uxor, *l. si senatori 31. senatori 31. eod.* quæ legitima *in l. 4. eod.* in genere autem justæ nuptiæ habendæ, quæ secundum cujusque populi instituta contrahuntur.

Cives Romani) Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis, connubium non est, Ulpian. *frag. tit. 5. §. 4. l. 3. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus hæreditatem restituere sine liberis decessisset, isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defecisse; *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Sen. Treb.*

(2) *Masculi quidem puberes*) Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt, quæ natura apta esse creditur ad generandum, maribus post annum decimum quartum, quo tempore ipsa ætatem necessitate pubescere, & vim generationis moveri incipere, scribit Macrob. *in somn. Scipion. l. 1. c. 6.* & Arist. 7. *pol. 16.* exurgere τὴν σπερματικὴν φοράν, feminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l. 4. h. t. l. 10. de cond. & demonstr.* cujus diversitatis si quis rationem quærat, adeat Arist. 4. *de gen. anim. c. 6.* Macrob. 7. *Saturn.* 7. Ab hac autem determinatione legitimæ & matrimonio contrahendo idoneæ ætatis longe recedit Plato, *quia & 6. de legib.* tricesimum annum masculis præscribit; longius etiam Aristot. 7. *polit.* 16. qui eos demum conjungi vult circa ann. 36. feminas autem anno 18. Juris Pontificii Auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum; *c. 3. §. fin. de despon. impub.* qui tamen hodie generali consuetudine sequuntur definitionem juris civilis, quæ etsi non in omnes, in plerisque tamen quadrat, & Medicorum etiam ac Physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos præsertim masculi matrimonio junguntur. In sponsalibus ætas definita non est: quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, *l. in spons. 14. de spons.* a quibus tamen facti puberes libere recedere possunt; *c. 7. & 8. de spons. impub.* VINN. Solebant & impuberes Romani uxores ducere nondum viri potentes. Exempla extant apud Gruter. *Inscr. pag. 788. 8. pag. 815. 3. pag. 824. 1.* Tunc vero nuptiæ hujusmodi non rescindebantur, sed tamen non prius justæ erant, quam conjunges justam ætatem attigissent. Hinc nec antea dos peti poterat, *l. 65. ff. de jur. dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ, *l. 17. §. 1. ff. de reb. auct. jud. poss. l. 74. de jur. dot.* nec ea poterat legatum sub conditione nuptiarum exigere, *l. 10. pr. ff. de cond. & dem.* Sponsa ergo loco erat immatura, domum ducta, modo Sponsalia præcessissent, *l. 32. §. 27. ff. de don. int. vir. & uxor.* junct. *l. 9. de spons.* Legitima vero uxor tunc fiebat, quum apud virum explesset duodecim annos, *l. 4. ff. de rit. nupt.* HEIN.

(3) *Consensum habeant parentum, quorum in potestate*) Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, tum parentum, si quos habent, quarum sunt in potestate; *l. 2. hoc tit.* quod etiam in sponsalibus observatur; *l. 7. l. 11. cum seqq. de spons.* Primum nuptiæ sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest; *l. 1. §. de pact.* Quid ergo si error intervenit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia; hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem 15. de jurisd. l. 9. de contr. empt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure; *cap. quod autem cap. 29. qu. 1.* Lombard. 4. *dist.* 30. Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialem, veluti potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si igno-

si ignoraretur esse amita aut soror, tam qui contractum est. At si circa accidentalia tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quæ dives dicebatur, si [illegible], quæ [illegible], si [illegible], quæ nobilis credebatur, &c. quoniam hæc vel adesse, vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, d. cap. quod autem in fin. Covarruv. de matrim. p. 2. cap. 4. §. 6. num. 2. Illud autem, quod Innocentius III. respondit, cap. tua nos 26. de sponsal. si quis ut honestam mulierem ad stupra pelliceret, falsum nomen ementitus eam his verbis desponsaret, Ioannes te sponsat: & mulier hoc dolo [illegible] illecta cum in illum tamquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si iste teneatur numquam sibi animum fuisse illam ducendi, illa vero petat fidem sibi datam præstari, non debere ex eo facto conjugium judicari, &c. non procedit in foro externo, in quo respondetur pro matrimonio: quia Ecclesia non [illegible] de occultis. Covarr. de matr. p. 2. c. 2. n. 5. Sanchez tract. de matrim. lib. 1. disp. 9. & seqq.

Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet; l. non cogitur 21. hoc tit. l. Titia 134. de verb. oblig. l. [illegible] 12. l. neque 14. C. hoc tit. Ideoque matrimonium per vim aut justum metum initum, ipso quoque jure nullum est, d. l. 14. cap. significavit 2. x, de eo qui [illegible] matr. c. 14. & seq. x. de sponsal. Covarr. d. par. 2. c. 3. n. 5. [illegible] Christin. vol. 1. decis. 335. [illegible] reverentiæ paternæ [illegible], a quo absunt verbera, vincula, minæ, matrimonium non impedit, uti nec consensum l. si patri 22. [illegible] l. 12. de sponsal. Covarr. de cap. 3. §. 6. n. [illegible] 3. cap. 11. quod tamen alii examinant. [illegible] Qui in potestate parentis est, etiam illius consensum adhibere debet, hoc textu, & leg. 2. eodem. Sed & nepos quamvis in avi tantum potestate sit, patris tamen consensum adhibere debet; l. 16. §. 1. eod. eadem scilicet ratione, qua consensus filii requiritur, si pater quasi ex nepotem adoptare velit, neque ne invito [illegible] agnoscatur; §. sed si quis 7. tit. seq. [illegible] cum in nepote nubente cedit, cessat etiam decisio [illegible] l. 16. §. 1. Casus, qui proponitur in l. 3. eod. specialis est. Quid ergo, si [illegible] honesta conditione, pater dissentiat, aut sine causa prohibeat filium [illegible], [illegible] nubere, aut dotem dare [illegible]? Hic [illegible] partes suas interponet, [illegible] cognita coget in matrimonium consentire, & dotem dare; l. c. 9. h. tit. Ait [illegible], quorum [illegible]. Unde intelligimus, nec matris consensum in [illegible] nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in l. filius 25. hoc tit. In filia vero emancipata id secus videri potest per l. vidua 18. l. in [illegible] 20. C. eodem. An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis [illegible] & [illegible] diam? An, ut plerique, honestatis tantum causa præcipi, [illegible] patris [illegible], sed id non esse [illegible] & matris, & propinquorum, & [illegible] adhibere patre [illegible] iisdem consti[illegible], quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria [illegible] l. 8. C. eod. Sic sentio. [illegible], ut pater filiam, quam in potestate habebat, pro arbitrio & cui liberet, despondere posset, [illegible] apud Romanos & Hispanos habemus. Neque [illegible] a patre dissentiendi licentia dabatur, nisi [illegible] moribus aut turpem sponsum ei pater elegisset, l. 12. §. 1. de sponsal. Emancipatam autem filiam patrem suo arbitrio nec despondere, nec elocare potuisse, adeoque nuptias, quas illa propria auctoritate contraxisset, non fuisse injustas, arguunt textus omnes, qui eius tantum consensum requirunt, cujus in potestate sit, quæ nubit, aut qui uxorem ducit. Hoc autem jus in filia emancipata minore 25. annis ita postea mutatum & immutatum est, ut tam illa patris, quam pater illius voluntatem explorare debeat; d. l. 20. Cod. hoc tit. ita tamen ut si filia patris sententiæ repugnet, filiæ potius, quam patris voluntatem judex sequi teneatur, d. l. 18. Cod. eod. Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatæ non fuisse plane liberum. VINN. Videantur quæ Pontifex in c. tua nos 26. x de spons. & Aug. Barbosa ad idem cap. & Layman. Theolog. Moral. l. 5. tr. 10. par. 1. c. 1. n. 11. hanc decisionem explodant. HEINN.

Et civilis naturalis ratio) Suadet id ratio naturalis; nam proculdubio contra officium filius facit, & graviter peccat, qui sine consensu parentis nuptias contrahit: civilis autem ratio, ne patri invito suus hæres agnoscatur. (5) Synodus tamen Tridentina anathemate damnavit eos, qui censet, nuptias a filiistam. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho & duobus aut tribus saltem testibus celebratæ fuerint, ut latius declaratur ibidem. Quidquid antiquiores Canones hac de re statuerint, c. aliter, c. nostrates, cap. 30. qu. 5. c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, cap. fin. c. 32. qu. 1. Cujac. ad rubr. de sponsal. Duar. cap. 2. de nupt. ad tit. solut. matrim. Coras. 1. misc. 17. quamquam aliud visum Covarr. de matrim. p. 2. cap. 3. §. 8. Tulden. comm. hoc tit. c. 5. Perez. ad tit. cap. de nupt. num. 15. qui cum Gloss. in cap. sufficiat 47. qu. 2 & alii contendunt, non nisi honestatis gratia jure Pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiæ vinculo dumtaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum: quod hodie certum est ex Tridentin. sess. 24. c. 1. de ref. matr.

(6) *Et jussus parentis præcedere debeat*) Jussus, id est consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiarum f. adeo necessarius est, ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitiones patris retro legitimæ fiant; nimirum cum ratihabitio in iis tantum locum habeat, quæ non statim ipso jure nullæ sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendent. Dec. ad l. semper 60. de jur. n. 16. non potest ea nuptias filii sine consensu patris contractas legitimas retro efficere, sed ex eo demum tempore justæ intelliguntur, ex quo eas ratas habuit pater; per l. 11. de stat. hom. l. eos qui 65. §. 1. hoc tit. l. 33. §. si quis 6. ad leg. Jul. de adult. l. 6. Cod. hoc tit. Nec obstat, quod liberi ex concubina suscepti, matrimonio cum ea postea contracto, legitimi fiant; §. ult. eod. Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinatu, consortio jure civili permisso, postea constitutum est, non debet extendi ad eos, qui nati sunt ex conjunctione vetita, & pro stupro habita. Quid ergo est, quod Justin. in leg. ult. Cod. ad SC. Mac. præcipit, ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam causas, in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen de hoc quidem jure dicendum videtur, patris consensum postea accedentem etiam retro operari; cum nunc concubinatus nullam præ alia illicita conjunctione prærogativam habeat; & æque improbatus sit. Et hoc [illegible] nos servari asserunt, qui

rem

tem forensem tractant. Enimvero non præcise requirimus, ut pater expresse consentiat, sed ut ne contradicat, aut dissentiat: gnarus eorum, quæ aguntur, *l. 7. §. 1. de sponsal. l. 5. Cod. hoc tit.* sicut e contrario & liberi jure civili consensisse intelliguntur, qui non evidenter dissentiunt; *leg. 12. de sponsal. lege si patre, 22. hoc tit.* Itaque jussus hic tantum opponitur ratihabitioni. VINN. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem disputat, non adeo firmo stare videntur talo. Nam primo quod negat ratihabitioni locum esse, in iis quæ ipso jure nulla sunt, id falsum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem est ipso jure nulla *lib. 3. §. 9. ff. de don. inter vir. & uxor.* ratihabitione tamen convalescit, *l. 25. Cod. eod.* quemadmodum & testamentum, in quo filius præteritus, validum judicatur, si filius in illa voluntate adquiescat, *l. 17. de iniust. rupt. irrit. Lex 11. ff. de stat. hom.* non agit de ratihabitione, sed de statu prolis ignaro avo conceptæ. In l. 65. *ff. de rit. nupt.* non magis matrimonium, ob defectum consensus invalidum est, sed ob prohibitionem legis, quæ inter eum qui in provincia officium gerit, & mulierem provincialem stare non patitur matrimonium. Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, secus ac in matrimonio nondum consentiente patre contracto, ubi ratihabitio consensum retrotrahit. Quod etiam de reliquis legibus a Vinnio allegatis observandum. Denique a legitimatione recte eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati, his subsequentibus ideo legitimi habentur, quia defectus prioris supplementum retrotrahitur ac si matrimonium semper fuisset, ita & post ratihabitionem patris liberi nati fiant legitimi, quia ratihabitio semper ad principium cujusque actus retrotrahitur, *l. 16. §. §. 1 de pign.* Unde & exspirat monstrum illud, quod fingit Wesemb. *ad leg. 5. Cod. de nupt.* spuriorum ex justis nuptiis. Cum apparatu hæc Vinnii argumenta refellit, contrariamque sententiam probavit B. Huber. *Præl. ad Inst. hoc tit. §. 10. & ad ff. eod. §. 5.* HEIN.

TEXTUS.

Quæ uxores duci possunt vel non? De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas, quæ parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptiæ non possunt; veluti inter patrem & filiam, vel avum & neptem, vel matrem & filium vel aviam & nepotem, & usque in infinitum. Et si tales personæ inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et hæc adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse cœperint, non possint inter se matrimonio jungi in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quæ tibi per adoptionem filia vel neptis esse cœperint, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

NOTÆ.

Inter patrem & filiam) Intellige parentes, & liberos etiam naturales tantum. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est: contra pudorem autem est filiam uxorem ducere; *l. 14. §. 2. ff. hoc tit.*

In infinitum) Et ita cape *vers. 6. & 8. cap. 18. Levit.*

Nefarias atque incestas) in summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnis a tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul. *leg. ult. ff. hoc titul.* nec eo minus jus, quia a Persis contemptum, ut recte Xenophont. 4. *memorab.* adde Philon. in *decal. lib. 1.* Ceterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ dicuntur; *l. 89. §. 1. l. 95. ff. hoc tit. l. 5. de quæst. leg. ult. c. de incest. nupt.* De nomine hoc vide Non Isidor. Fest.

COMMENTARIUS.

1. *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*
2. *Parentum cum liberis conjugia incestuosa esse in summo gradu.*
3. *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare?*

EX iis, quæ hactenus dicta sunt, intelligimus, quatuor hæc concurrere debere, ut justæ habeantur nuptiæ; ut qui contrahunt sint cives Romani, quales apud nos omnes habentur: ut sint puberes: ut consentiant: ut si sint filiifamil. consensum adhibeant parentum, quorum in potestate sunt; juxta ea quæ dicta sunt supra ex decret. Concilii Trident. in locis ubi receptum est. Quibus & quintum addi potest ex jure Pontificio & pia consuetudine: solemnis illa post trinam promulgationem in Ecclesia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam, si intervenerint, nuptiæ justæ esse censentur; si modo inter eas personas contractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudo vel est a cognatione contrahentium, vel ab affinitate. (1) Cognatio triplex est: mere naturalis; mere civilis: & mixta. Naturalis tantum est, quæ illegitimo coitu contrahitur; civilis dumtaxat, quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, *l. 4. §. 2. de grad. & affin.* Speciem cognationis, quam Auctores juris Pontificii spiritualem vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *c. de cognat. spirit.* Covarr. *de matrim. p. 2. c. 6. §. 4.* quam etiam probat Justinianus *l. si quis 26. circa fin. C. hoc. t.* Pontifices Romani in sua, & Græci in Orientali Ecclesia extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Trullo. Extat de ea re *lib. 4. decr. t. 11. & lib. 3. iur. orient.* idem *caus. 30.* per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino, cum varie de hac prohibitione esset disceptatum & multi eam penitus tollendam censerent, placuit, impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem, quæ est inter susceptorem & susceptam, ejusque patrem & matrem; *decr. de reform. c. 2. f. ff. 24.* VINN. Spiritualis illa cognatio ex mente Canonistarum non modo ex baptismo nascitur, verum etiam ex confirmatione *c. 1. fin. de Cogn. spirit. in 6.* immo & ex Catechismo, quamvis eam cognationem non tam contractum quam contrahendum matrimonium impedire exi-

[illegible] *t.* 6. Post hanc cognationem spiritualem in *paternitatem*, quæ inter baptizantem, & baptizatum, [illegible] & [illegible] est; *compaternitatem*, quæ inter parentes baptizati & baptizantem vel susceptorem intercedit; denique in *fraternitatem*, qualem inter baptizatum & liberos baptizantis, nec non [illegible] contractam fingunt, dividere solent. Azpilcuet. *Tom.* 3. [illegible] 22. *n.* 36. & Vir summus Cujac. *ad tit.* X. [illegible] *& affin.* HEIN.

[illegible] *Parentum liberorumque locum*) *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* [illegible] dixisset, *inter parentes & liberos*; nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. fratris* 2[illegible] *t.* Theoph. [illegible]

Nefarias atque incestas) In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudo & fœditas, ut natura omnes a tali conjunctione abhorreant, & sua ipsorum conscientia refragantur [illegible] sit, qui hæc naturæ jura violent: adeoque exsecrabiles habeantur, qui vel per ignorantiam hæc committunt. Hinc illæ Œdipodarum calamitates, quibus plenæ tragœdiæ, & illæ fictæ apud inferos pœnæ. Homer. 11. *Odyss.*

Μητέρα δ' Οἰδιπόδαο ἴδον καλὴν Ἐπικάστην.

Hinc Nero magis ob incestum quam ob reliqua facinora detestabilis. De Parthis sic Lucanus.

—— *Cui fas implere parentem,*
Quid rear esse nefas?

Adde Philonem Jud. in *Decal. lib.* 1. Cæterum & aliæ nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestæ, hoc est, incastæ & pollutæ (Isidor. *lib.* [illegible] 26.) credimus dicuntur; *d. l. fratris* 29. §. 1. *l. etiam* 126. *d. l. tit. C. de incest. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certe, de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus [illegible] quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis; a qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere, a [illegible] proditum est. Seneca *Hippol. act.* 3. *v.* 913.

Feræ quoque ipsæ Veneris evitant nefas,
Generisque leges [illegible] servat pudor.

Accedit & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderis ratio, confusio communis cognationum normæ: quæ & ipsi naturæ legi atque civili vehementer repugnat, & necessario consequitur istam [illegible] inter parentes & liberos commixtionem. Hortensio ad illud Œdipi apud Senecam *Thebaid. act.* 1. *v.* 134

Avi gener, patrisque rivalis sui.
Frater [illegible], & fratrum parens
[illegible] partu liberos peperit [illegible]
[illegible]. Monstra quis tanta explicet?

Item ad illud Thyestis in *Agamem. act.* 1. *v.* 34.

Versa natura est retro,
[illegible] patri virum,
[illegible]

3 *Quamvis per adoptionem*) [illegible] quoque cognationis [illegible] inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur, eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia neptisve esse cœperit: in tantum, ut etsi per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat; *l. quin etiam* 55. *hoc t.* Nec id mirum videri debet, quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. ne[illegible]* 13. *de adopt.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus* 14. §. 2. *hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem fere ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum; nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos est, *leg. quis in adoptionem* 23. *de adoption.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quamdiu in familia ejus sum, & tertium [illegible], me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Plane si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat; quoniam illa nunquam mihi aviæ loco fuit, sed extranea semper, *d. l.* 23. *de adopt.* junct. *d. l.* 55. *hoc til.* At enim, inquies, nec patris adoptivi uxor matris loco est *d. leg.* 23. eam tamen ducere non licet, ne quidem post emancipationem *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficiat eam aliquando novercæ loco fuisse; *d. l.* 14.

TEXTUX.

De fratribus, & sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transverso gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sane enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibitæ sunt, sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse cœperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te & eam nuptiæ consistere non possunt; cum vero per emancipationem adoptio sit dissoluta, poteris eam uxorem ducere: sed & si tu emancipatus fueris, nihil est impedimento nuptiis. Et ideo constat, si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam suam emancipare: & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.*

NOTÆ.

2. *Sive ab altero eorum*) Convenit *d. c.* 18. *Lev.* 9. 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est, sororem ὁμοπατρίαν, non autem ὁμομητρίαν. Fabrot. ex *Philone*. Sed nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *lege* 54. *ff. hoc tit.*

Quamdiu constat adoptio) Ex Cajo *leg.* 17. *ff. hoc t.* Paulus apud *Ruffin. Adoptiva cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres eatenus, quatenus capitis minutio non intervenit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ostenditur firmis rationibus, legem divinam de non ducendis sororibus moralem esse & perpetui juris.*

Ex transverso gradu) Linea, in qua gradus cognationis ponuntur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est, vel ascendens, in qua sunt parentes, vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa

sa eos complectitur, qui ex latere veniunt; estque vel æqualis, eorum videlicet, qui pari gradu distant a communi parente, ut fratres & sorores, consobrini, patrueles; vel inæqualis, cum alter altero a communi parente est remotior; ut patruus, avunculus, & fratris & sororis filii, & filiæ. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita: in transversa non item, quo nunc se confert Imperator.

Inter fratrem & sororem) In linea transversa æquali unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiæ; *leg. nemini* 17. *C. hoc tit.* quas etiam a Deo interdictas non uno loco reperimus; *Levit.* 18. 9. & 20. 17. *Deut.* 27. 22. Quid ergo? an hæc interdictio sive lex de non ducendis sororibus & ipsa moralis est, perpetuamque & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito. Moveor, quod Deus ita per Mosen pronuntiat: *Qui acceperit sororem suam, nefariam rem operatus est, & in conspectu populi occidetur*, *Lev.* 20. 17. & *Deut.* 27. 20. *Maledictus*, inquit, *omni*, *qui dormit cum sorore sua*. Adeoque ex abominationibus, propter quas Cananæos Dominus extirpavit, hæc una fuit, *Levit.* 18. *circa fin.* qui tamen non aliam legem quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & sororum conjugia ait esse ἀνόσια, καὶ θεομισῆ, καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα. Hinc esse, quod in tragœdiis Macarei, cognito se cum sororibus rem habuisse, continuo mortem sibi consciscant, sceleris pœnas a se repetentes: Et Cicero *l. 1. de divin.* commixtionem fratris & sororis *Nefarium stuprum* appellat. Lucianus in *Philol.* ἀπηγορευμένην μίξιν. Quis vero hoc nos docuit? sola natura, quippe quæ omnes docet, sorori suæ misceri nefas esse, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Quis est enim, qui sororis suæ quantumvis formosæ nuptias aut stuprum appetat? Non Platonem modo, sed experientiam provoco. *Tam a me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act. 1. sc. 1. v. 51. pudica est, quam si soror mea sit*. Neque aliam ob causam Abrahamus credidit se pro marito Saræ habitum non iri, quam si eam sororem suam esse diceret, *Genes.* 12. 12. & 20. 12. Denique non tantum Romani, sed etiam alii populi, & omnis pene Græcia, auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt, iisdem parentibus genitos invicem incestis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas est, quia Ægyptii & nonnulli alii populi id dicere voluerunt, suorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Osiris Isin duxerit; & quid ni hoc facerent, apud quos non solum Philadelphi, verum etiam Philometores fecerunt? Objici solet dictum Thamare ad Amnonem fratrem consanguineum, *Alloquere Regem; non enim denegabis me tibi*. *Samuel.* 13. Resp. Sive hoc Thamara sciens commenta est, ut se præsenti periculo eriperet, sive revera credidit hoc quoque patri Regi licere; inde colligi non debet, aut Davidem id concessurum fuisse, aut recte facturum, si concessisset. Illud alicujus momenti est, quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra historia: oportuisse nimirum a primis illis hominibus sorores duci, cum aliæ mulieres non extarent. Respondent Theologi, id fuisse necessitatis & tacitæ divinæ dispensationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul feminas condidisset; satis intelligitur, hanc fuisse ipsius voluntatem, ut fratri ex sorore sobolem tollere fas esset: quod postea ipsa natura docuit non licere. Hoc ergo tacitum, ut Augustinus ait *lib.* 15. *de civit. Dei*, *cap.* 16. *Quanto est antiquius, compellente necessitate* (intellige necessitate ex illius temporis circumstantia) *tanto postea factum est damnabilius religione* (id est, naturali aversatione) *prohibente*. Affert ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas, ob quas fratres & sorores conjungi non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur, serpatque & propagetur civium inter se charitas, quam sic extendi etiam Cicero docet, 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio, quæ fratrum & sororum nuptias necessario sequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non sunt, ut quod contra sit, natura illicitum censeri debeat. Consentit etiam in hac quæstione Covarr. *de matrim. p.* 2. *c.* 10. §. 10. *n.* 15. D. Tulden. *ad hunc tit. cap.* 6.

Si ab altero eorum) In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus, vel uterinus dumtaxat, nihil interest. *Levit.* 18. 9. 11. immo nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *l.* 54. *ff. h. tit.* In successionibus autem inter utrinque conjunctos arctior necessitudo habetur; *auth. itaque Cod. comm. de suc.* ut & olim in eadem causa consanguineorum major ratio quam uterinorum habebatur: vulgo autem quæsitorum extra successionem matris vix jus ullum.

Quamdiu constat adoptio) Per adoptionem quæsita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater, vel me in potestate retento, filiam quam adoptaverat emanciparit, vel me emancipato, illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem* 17. *hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ sola hosce nuptias impedit, soluto. Nam reverentiæ & honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus est.

Antea filiam suam emancipare) Aliqui dirimetur matrimonium, quod inter fratrem & sororem licet adoptivos non consistit; ut ex Theophilo. Hotom. & Wesemb. hic notat, & indicat Triphon in *l. non solum* 67. §. 3. *hoc tit.* Nam ut dicamus matrimonium manere, & adoptionem potius nullam esse, quod D. Bachovius magis probat; nescio an ex ratione juris civilis defendi possit; quod cum nuptias inter sororem & fratrem adoptivum prohibet, generum tamen adoptari permittit; ex consequenti genero adoptato, nuptias perimi voluisse existimandum est, non adoptionem nullam esse. Vid. *tom.* 1. *juris Græco Rom. l.* 8. *c. de adopt.* γάμος λύεται, ἡνίκα τις τὸν ἴδιον γαμβρὸν μεταποιήσηται. Theod. Balsam. *ad l.* 67. *ff. hoc tit.*

TEXTUS.

De fratris & sororis filia vel nepte.

3. *Fratris vero, vel sororis filiam uxorem ducere non licet: sed nec neptem fratris vel sororis qui ducere potest, quamvis quarto gradu sint: cujus enim filiam ducere non licet, neque ejus neptem permittitur. Ejus vero mulieris, quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere: quia neque naturali, neque civili jure tibi conjungitur.*

NOTÆ.

3. *Fratris vel [illegible] filiam*] Ex *l.* 17. *ff. hoc tit. l.* 17. *C. eod.* [illegible] *C. de* [illegible]. Ulpian. apud *Ruffin.* & in [illegible] tit. 5. scribit permissum esse ducere filiam fratris; non etiam sororis. Hoc Claudius invexerat. Sueton. in Claud. cap. 26. Tacit. 12. *ann. cap.* 5. *seq.* Sed postea [illegible] est hæc differentia *d. l.* 17. Lege quoque divina [illegible] hæ nuptiæ vetantur hoc ipso, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Levit.* 18. *v.* 12. & 13. eadem enim ratio est.

COMMENTARIUS.

1. *Nuptias cum fratris aut sororis filia, & in universum inter personas transversæ lineæ, quæ parentum, & liberorum loco sibi sunt, etiam divina lege prohibitas, atque hanc quoque legem moralem esse.*

JUre civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibitæ sunt inter eas personas, quæ parentum liberorumve numero sunt, *l. per adoptionem* 17. §. 3. *l. sororis* 39. *hoc tit. l. nemini* 17. *Cod. d. l.* [illegible] *Cod. de inc. nupt.* §. *item amitam*, [illegible] & quidem in infinitum, *leg. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur, quam in linea recta inter ipsos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina veteris Testamenti, quæritur. Ego quidem [illegible], quamvis enim singula apud Mosen non sint expressa; tamen quibusdam positis, quæ [illegible] sunt, pro expressis habenda: cum hoc flagitet ipsa [illegible], ut de similibus similiter statuatur, nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum respiciatur, quam ad venerationem personarum. Cum igitur D[illegible] expresse vetat amitæ & materteræ nuptias; *Levit.* 18. *vers.* 12. & 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium; item [illegible] nuptias fratris & sororis filiæ & deinceps ex his descendentium cum patruo & avunculo, & qui supra hos sunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse partem legis moralis, ex iisdem [illegible] evincitur, quibus fratris & sororis nuptias naturæ atque honestati repugnare antea demonstravimus, [illegible] ex Trid. *sess.* 24. [illegible] 5. Unum addam: Apud Romanos cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ essent; [illegible] tamen incestæ habebantur, *l. soror.* 39. §. [illegible] *l.* [illegible] 56. *hoc tit.* [illegible] ut ipse Claudius Imperator [illegible] Agrippinam fratris sui Germanici filiam [illegible] prius senatusconsulto, quo [illegible], atque tamen reperti [illegible], in [illegible] civium, qui sequerentur exemplum, excepto uno atque altero [illegible], *Suet. in Claud. c.* 26. *Tacit.* 12. *annal.* [illegible] senatusconsultum illud a Nerva [illegible] Xiphilino. Sane brevis hæc lex Nervæ [illegible], & nuptiæ cum fratris [illegible] iterum haberi cœperunt, [illegible] Antoninus Pius [illegible], quod antea nondum [illegible] Suetonius memorat, *Domit.* [illegible] 22. [illegible] honestati repugnare videbatur, [illegible] de sua fratris filia, non autem de filia sororis, teste Ulp. *tit.* 5. §. 6. aut quod magis puto, jam tempore mediæ Jurisprudentiæ vim amiserat; argumento id, quod Cajus scribit, *leg. quin etiam* 55. §. 1. *hoc tit.* fas non esse ducere neptem patris adoptivi ex filio; quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit? Ut ut est, tandem expresse edictum illud abrogatum est, & quidem a Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini* 17. *hoc tit.* adeo alte a natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt; congruit *l. un. Cod. de incest. nupt. art.* 7. *Ordin. pol.* VINN. *Lex* 17. *C. de nupt.* desumpta est Codice Greg. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 9. ubi ea multo integrior exstat. Ibi vero nihil de fratris, sed de sororis filia, quam distinctionem etiam admittit Ulp. *tit.* 5. §. 6. Ex quibus colligimus [illegible] *l.* 17. *C. de nupt.* a Triboniano, locum autem Caji *lib.* 1. *Instit. tit.* 4. §. 3. ubi & cum fratris filia matrimonium prohibetur, ab Aniano esse interpolatum. (2) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, sed alterum cum sororis filia, κατ' ἐξοχὴν inhibuisse Constantinum & Constantem, *l.* 1. *C. de incest. nupt.* HEIN.

Quamvis quarto gradu] Hinc apparet, jure civili licitum fuisse ex quarto gradu lineæ transversæ uxorem accersere, excepta ea quæ parentis aut filiæ loco esset.

Cujus filiam, &c. *Neque ejus neptem*] Hæc regula ad hypothesim revocanda est, cujus videlicet fratris aut sororis, de quibus agitur. Vera autem ratio est; quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliud spectandum sit, quam numerus graduum, §. *item amitam* 5. *infr. l. nuptiæ* 53. *eodem.*

Neque naturali, neque civili] Non naturali, quia cognata mea non est, cum adoptio non tribuat jus sanguinis: non civili, quia avunculus nemo fit per adoptionem, *l.* 12. *in fin. eod.* Quippe per adoptionem cum iis tantum personis necessitudo contrahitur, quæ si sanguine nos contingerent, nobis agnatæ essent, *leg. per adoptionem* 23. *de adopt.*

TEXTUS.

De Consobrinis.

4. *Duorum autem fratrum, vel sororum liberi, vel fratris, & sororis, conjungi possunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Patruelium & consobrinorum nuptias neque civili, neque divino jure prohibitas, quamquam Canones longius progressi.*
2. *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

(1) REdit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit, eos, qui in quarto gradu sunt, facta comparatione civili, conjungi posse, nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in *l.* 3. *hoc tit. celebrandis* 19. *Cod. eod.* scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibemur neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filiæ loco sit. Lege quoque divina patruelium aut consobrinorum nuptiæ interdictæ non sunt, adeoque si exempla jus faciunt, tantum non expresse conceduntur. *Num.* 36. 11. Augustinus

lib. 15.

lib. 15. *de Civ. Dei*, de connubiis consobrinorum agens ait, ea nec divinam legem prohibuisse, neque ad sua usque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodosius Major, ut scribit Aurel. Victor: sed legem patris filii Arcadius & Honorius sustulerunt, revocata prisci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandi* 19. *C. h. t.* Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octo inter se distent; *cap. non debet*, *de consf. & affin. Conc. Later. c.* 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui usque ad septimum gradum nuptias inhibebant: hoc est, eorum, qui jure civili, decimoquarto gradu invicem contingunt; *cap. progeniem*, *& seq. cap. nulli*, *& seq.* 35. *qu.* 2. *&* 3.

(2) Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum, obiter explicemus; quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet: nam in successionibus civilibus computationem sequuntur etiam in terris Ecclesiæ, teste Scheneid. *hic*: & Div. Tulden. *ad tit. Inst. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. *hactenus* 7. *inf. d. tit.* In linea recta aut ascenditur, quæ idcirco ascendentium appellatur, ordinemque parentum complectitur; aut descenditur, quæ dicitur descendentium, & ordinem comprehendit liberorum. In linea transversa seu collaterali primum ascenditur, deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum a patre meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum, unde consequitur, fratres duobus gradibus inter se distare de jure civili. Pari ratione si quæras, quot gradibus a te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, comperies eum tribus gradibus a te distare: & ita deinceps. Latius hæc declarantur *infr. de gradu cognat.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad sedem*, 35. *qu.* 5. Cujus juris regulæ sunt: 1. In linea ascendentium & descendentium quot sunt personæ, una dempta, tot gradus: quæ computatio in hac linea a computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod Canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In linea transversa æquali, quot gradibus alter distat a communi stipite, totidem utrique inter se distant. Exempli gr. Frater & soror distant inter se hoc jure uno tantum gradu, quia uno gradu distant a communi parente: & consobrinus ista computatione mihi est secundus, quia ab avo, qui communis utriusque nostrum fons est & origo, secundus numeror. 3. In linea transversa inæquali, quo gradu distat remotior a capite, eo gradu distant inter se. Igitur fratris mei filius secundo gradu a me abest, quia ille a patre meo avo suo duobus gradibus dissidet: & nepos fratris mei tertio, quia a patre meo ipse tertius est.

Conjungi possunt) Theoph. negative reddidit οὐ δύνανται συνάπτεσθαι, quia sic in Oriente obtinebat. Nam post Justinianum sub Imper. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. Harmenop. *l.* 4. *tit.* 9. Attal. *tit.* 26. Matth. monach. *tit. de grad. consang.* VINN. De tota hujus juris historia conferendus est Jacob. Gothofr. *ad l. un Cod. Th. si nupt. ex rescr. pet. lib.* 3. *tit.* 10. *Tom.* 1. *p.* 228. HEIN.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

5. *Item amitam, licet adoptivam, ducere uxorem non licet. Item nec materteram, quia parentum loco habentur. Qua ratione verum est, magnam quoque amitam, & materteram magnam prohiberi uxorem ducere.*

COMMENTARIUS.

Hujus §. explicatio petatur ex iis, quæ *ad* §. 3. *sup.* diximus.

Licet adoptivam) Hoc consulto hic additum, in matertera omissum: nam matertera per adoptionem non magis fieri potest, quam avunculus; *l.* 12. §. *ult. hoc. t.* Eadem verba quoque repetenda sunt in amitam magnam; *l. per adoptionem* 17. *in fin. eod.* VINN. Sed turbat Cajus in *l.* 55. §. 1. *ff. de ritu nupt.* ubi ne patris quidem materteram duci uxorem posse statuit. Enimvero matertera patris adoptivi huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda est, adeoque non magis duci potest, quam patris adoptivi vidua, *l.* 14. *pr. ff. hoc tit.* Qualis respectus non est inter sororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna, vel nuru.

6. *Affinitatis quoque veneratione a quarumdam nuptiis abstinere necesse est; ut ecce, privignam aut nurum ducere non licet, quia utræque filiæ loco sunt. Quod ita scilicet accipi debet, si fuit nurus aut privigna. Nam si adhuc nurus tua est, id est, si adhuc nupta est filio tuo, alia ratione uxorem eam ducere non poteris: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc privigna tua est, id est, si mater ejus tibi nupta est; ideo eam uxorem ducere non poteris, quia duas uxores eodem tempore habere non licet.*

NOTÆ.

7. *Privignam*) Quæ sic dicta, quod genita, antequam mater secundo nuberet. Fest.

Qui duas uxores) *l.* 2. *Cod. de inc. nupt. l.* 18. *C. ad leg. Jul. de adult.* Multæ quoque aliæ gentes virum unicæ mulieri copularunt. Dion. Halic. *lib.* 2. Raræ binæ in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur Tac. *de moribus Germ. c.* 18. Valentinianus voluit, Niceph. Calist. *lib.* 11. *c.* 33. Jul. Poll. *in chron.* In Rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud Matth. *cap.* 5. *&* 19. Marc. 10. Luc. 16. Paul. 1. *Cor.* 7. VINN. Valentiniani Consilium non feliciorem habuit exitum, quam Julii Cæsaris, qui per Helium Cæcinam simile quid tentaverat. Suet. *Jul. cap.* 52. Quin sunt qui illam narrationem de Valentiniano, cujus auctor Socr. H. E. *l.* 4. *c.* 31. falsam judicant, in primis Tillemont. *dans l'Histoire des Empereus*, *tom.* 5. *part.* 1. *not.* 28. *p.* 345. HEIN.

NOTÆ.

1. *Licet affinitatis nulli proprie sint gradus; tamen quasi quosdam gradus affinium numerari posse, & n.* 3.

2. *Genera affinitatis a veteribus canonibus statuta, posteriorum Pontificum decretis moderari.*
3. *In linea recta affinium eandem esse prohibitionem, quæ in eadem linea cognationis.*
4. *In linea affinitatis transversæ quatenus se extendat prohibitio?*
5. *Interdicta Lev. 18. quæ affines spectant moralia esse.*
6. *Jure civili antiquo non videri inter affines transversæ lineæ prohibitionem fuisse.*
9. *Polygamiam in Rep. Christiana non esse tolerandam.*

HActenus de nuptiis, quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas: cujus ea etiam vis est, ut quosvis affines quibusvis jungi naturæ honestas non patiatur. Sunt autem affines viri & mulieris cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ inter se diversæ sunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit, οἱ κατ᾽ ἐπιγαμίαν, πηοῖς; *leg.* 4. §. 3. *de grad. & affin.* ubi nomine quoque affinium peculiaria recensentur. 1. Gradus affinitatis proprie nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur; *d. l.* 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quominus quasi quosdam gradus affinium numeremus; sic enim & Paulus loquitur, *l.* 10. *pr. d. tit.* dicamusque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. 2 Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria: ut ecce: Uxoris meæ filius mihi est in primo genere affinitatis, illius uxor in secundo genere: mortuo privigno meo, si illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis: sic uxoris meæ frater mihi est in primo genere affinitatis; uxor illius in secundo: quæ si mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Non obstat quod Papinianus respondet *in l.* 15. *hoc tit.*, uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportere. Hoc enim non eam rationem habet, quod affines sunt; sed quod honestas & pudor naturalis non patiatur, mecum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius seu loco fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio est in *leg.* 14. *pr. eod.* 3 Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri uxori affinem & quasi cognatum: & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito; exempli gratia: in linea recta quia uxor mea uno gradu distat a patre suo, ab avo duobus, ego quoque a socero uno gradu, a prosocero duobus distabo: idemque de cæteris tum ascendentibus tum descendentibus statuendum. In linea transversa, quia maritus a fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor a leviro. Quod ipsum quoque dicendum est de glore, sororio, janitrice. Item quia uxor mea a patruo suo vel avunculo tribus gradibus distidet, ego quoque a soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero; & sic deinceps. [illegible] gradus affinitatis prohiberi, & [illegible], qui & cognationis.

(4) In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socer nurum, nec [illegible], nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, *l.* 14. §. *ult. hoc tit.* *l. nemini* 17. *Cod. eod.* quod & Justinianus *hoc & seq.* §. docet prohibitionis hanc rationem afferens, quod invicem parentum & liberorum loco sunt: cui proinde consequens est, nec inter prosocerum & pronurum, nec inter vitrici patrem proprivignam, & sic porro, nuptias licitas esse; *d. l.* 14. §. *ult. Levit.* 18. *vers.* 8. 15. & 17. (5) Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostoli 1. *ad Cor.* 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius *in orat. pro Cluent. cap.* 6. cum socrum genero nupsisse narraret, subdit: *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Pontificiorum, Covarr. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *num.* 19. in linea transversa æquali, neque frater uxorem defuncti fratris deducere, nec vicissim soror marito sororis nubere potest, nec maritus cum sorore uxoris, aut uxor cum fratre mariti conjungi, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores; *l.* 5. *l. pen. & ult. Cod. de inc. nupt.* facit *d. cap. Levit.* 18. *vers.* 16. Quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censeri debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio, ex ratione, quam affert Moses, quia inquit, fratris tui pudenda sunt: quod nihil aliud declarat, quam quia uxor fratris tui est, ut jam affinitate tu illi frater illa tibi soror facta sit, quos conjungi naturæ honestas non patitur. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expresse apud Mosen, *d. c. vers.* 14. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; cui consequens est: 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse. 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris sororis. 3. nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut sororis. Sed an æque ex consequenti prohibitæ intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut cum fratris vel sororis suæ, sive leviri aut gloris filia, nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longe recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum est patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, consuescere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum, qui amitam meam in matrimonio habuit, jungi cum sorore mea, & unum successive cum duabus consanguineis. Atque ut putet aliquis, ordini naturæ minus convenire ut quis ducat & maritali imperio subjiciat amitam aut materteram uxoris suæ, quod istæ illi loco parentum sunt, hanc tamen rationem cessare in filia leviri aut gloris. At enimvero si in universum spectamus causam, ob quam nuptiæ in prædictis omnibus affinitatis gradibus prohibentur, videlicet quia vir & uxor in unum corpus coalescentes non amplius duo sunt, sed una caro; in universum etiam dicendum videtur, eosdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in cognatione: & propositione illa *Levit.* 18. 6. *Ad proximam sanguinis sui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & tam late patere, quam late prohibitio inter sanguine junctos. Basilius *in epist.* ad Diodorum.

Plane ut non æque graviter omnes peccant, nec puniendi sunt, qui prohibitam in ordine cognatorum ducunt, sed levius qui ex transversa, gravius, qui ex recta linea uxorem sumunt: ita etiam gravius delictum est, ex recta affinitatis linea, quam ex transversa uxorem sumere. (6) Sunt vero etiam hæc interdicta, quæ

affines

affines transversæ lineæ spectant, moralia & perpetui juris. Neque enim Deus gentes ob singula facta cum singulis interdictis pugnantia punivisset, nisi in singulis peccassent contra jus naturæ. Notentur particulæ universales, quibus singules casus designat legislator, cum idcirco gentes punitas subjicit. At enim, inquies, si lex de non ducenda fratria *Levit. 16. 6.* perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui sit, quod fratria certo casu duci jubetur? *Deuteron. 25. 5.* Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctores Theologi: Jus naturale duplex esse, unum tale, ut absolute in se ac essentia sua æquum & justum sit, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile; alterum, quod æquitatem & justitiam continet, in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut a creatura naturæ ductu approbaretur; ac posterius hoc jus uti a legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari; ne quamvis jus naturæ vetet suum cuiquam auferre, Deum tamen de isto jure dispensasse, *Exod. 12. 35. 36.* cum Israelitis mandaret, ut Ægyptiis sua auferrent. Atque ita tamen forte Deus in Sanctis olim quædam matrimonia concessit propter sancti generis paucitatem. Eademque ratio est legis de fratria certo casu ducenda, excitandoque fratri sine sobole defuncto semine; videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi numquam intermoritura significaretur. Augustin. *quæst. 61. in Levit.* Quare juris Pontificii Interpretes asserunt, impedimenta hujusmodi non ita constringere in lege Evangelica, sicut in Mosaica, atque inde monet Sanchez *de matrim. lib. 8. disp. 6. n. 11. & seqq. & lib. 7. disput. 52. num. 6. & seqq.* nullos gradus consanguinitatis & affinitatis *Levit. 18.* hodie esse prohibitos jure divino, nisi qui alias prohibiti sunt jure naturæ primævo; & consequenter Pontificem in omnibus illis dispensare posse. (7) Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur, transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse: idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib. 1. divin. cap. 46.* & Valer. Maximus *lib. 1. cap. 5.* de Metello, qui mortua uxore Cæcilia, filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxit; quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem aliquis dubitet, an hoc locum habuerit in hac linea in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem filii fratris aut sororis, vel contra filius fratris aut sororis uxorem patrui aut aunculi ducere voluisset, tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius e conjugibus pro extinctis habita fuisse: utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse; neque hoc tamquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita soluta nuptiis, eam dissolvi voluerunt; salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & seq.* §. adeoque eadem fere ratio affinitatis fuit, quæ adoptionis, qua & ipsa soluta, nuptiæ non impediuntur, nisi ob solam reverentiam inter eos, qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris amitam adoptivam, soluta per emancipationem adoptione, ducere potuerit; cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione consisterent, §. 2. *sup.* Sed profecto magnum discrimen est inter conjunctionem, quæ ex adoptione oritur, & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est; affinitas vero etiam causam naturalem habet, quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, quo pertinet illud Pontificis in *c. 1. cap. 35. quæst. 1. Uno defuncto, in superstite affinitatem non deleri.* VINN. Conjectura Vinnii quod jura affinitatis morte unius conjugis extincta sint, nihil est verius. Confirmant illam non solum exempla a Vinnio & postea a V.C. Bern. Henr. Reinoldo *Var. cap. 24. pag. 196. seq.* adducta, verum etiam edictum Constantini, Constantis & Juliani *leg. 2. Cod. Th. de incest. nupt.* quo primum id mutatam. Ubi adde Gothofr. *Tom. 1. pag. 296.* HEIN.

Quia utræque filiæ loco) Regula juris civilis est, eos, qui in numero parentum aut liberorum sunt, conjungi matrimonio non posse; *leg. nuptiæ 53. hoc tit.* cui regulæ locus est non tantum in cognatione, sed etiam in affinitate; *leg. 14. §. ult.* Et quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantum obtinuisse videatur in recta affinitatis linea ob reverentiæ cujusdam & honestatis respectum; qui cessat in iis, qui ex transverso gradu invicem affines sunt; tamen & alias esse hujus prohibitionis causas, de quibus paulo ante diximus.

Si fuit nurus sua) Ergo dissoluta demum affinitate huic prohibitioni locus est; quod & diserte exprimitur in §. *seq.* ibi; *dissoluta demum affinitate.* Qui locus conjecturam nostram adjuvat, mortem unius e conjugibus affinitatem diremisse; sed ob personarum venerationem & pudorem naturalem nuptias nihilominus interdictas fuisse inter eos, qui affinitate parentes & liberi fuerant. Utique causam prohibitioni dedit ante contracta affinitas.

Eadem duobus nupta) Unam apud plures nuptam esse e diametro pugnat cum recta ratione; quia (ut alia omittam, quæ dictu fœda) officit procreationi liberorum, qui principalis matrimonii finis est. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuisse legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nuberet. Tertull. *adversus Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est.*

Duas uxores eodem tempore) Duas aut plures uxores apud unum nuptas esse multi putant non pugnare cum naturali ratione, cum apud plerasque gentes id licitum fuisse legamus; adeoque ipse Deus hanc polygamiæ speciem populo suo permiserit. Sed non deest quod reponatur. Vide quæ dixi sub §. 1. *sup. de pat. pot.* Ut ut est; constat ex iis, quæ a Christo dicuntur apud *Matth. 5. 32. & 19. 9. Marc. 10. 4. Luc. 16. 18.* & quæ scribit Paulus *1. Cor. 7.* Polygamiam in Republica Christiana non esse tolerandam; quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ simul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum constitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, sed etiam apud Græcos, & jam tempore Cecropis Atheniensium Regis, vid. Pet. Fabr. *2. semestr. 1.* Germanos quoque nostros singulis uxoribus contentos fuisse, scribit Tacitus *de morib. German. cap. 17.* Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulasse testatur Dionys. Halicarn. *lib. 2.*

TEXTUS.

De socru & noverca.

7. Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere: quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissoluta demum affinitate procedit: alioquin si adhuc noverca est, id est, si adhuc patri tuo nupta est, communi jure impeditur tibi nubere: quia eadem duobus nupta esse non potest. Item si adhuc socrus est, id est, si adhuc filia ejus tibi nupta est; ideo impediuntur tibi nuptiæ, quia duas uxores habere non potes.

NOTÆ.

7. *Duas uxores*) Bigami pœna capitalis est Theophyl. τιμωρεῖται τῇ τῆς μοιχείας ἐγκλήματι. 60. *Basil.* 37. *c. pen.* & recte, nam ut ait Tertull. *adv. Marc. iterum ex matrimonio nubere adulterium est*, tac. *l.* 18. *C. ad l. Jul. de adult.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & superioris eadem plane est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito, vel contra, matrimonium recte contrahunt: licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.

NOTÆ.

8. *Mariti filius ex alia uxore*) Titius cum haberet filium ex conjuge defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Quær. An inter filium Titii & filiam Semproniæ nuptiæ consistant? R. Consistere. Ratio est. Quia nulla est inter comprivignos affinitas, utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur. Wes.

Recte contrahunt: *l.* 34. §. *pen. ff. h. t. l.* 134. *pr. de verb. oblig.* neque *Levit.* 18. *vers.* 11. prohibentur nuptiæ ἀλληλοπριγόνων, sed fratris, & sororis ὁμοπατρίας sive consanguineæ.

COMMENTARIUS.

COgnati personarum, quarum interventu & copula contracta est affinitas, inter se nuptias contrahere non prohibentur. Et ratio est perspicua. Quia inter eos nulla est affinitas, utpote quæ ultra personas conjunctas non extenditur: hoc est, cognati quidem uxoris marito sunt affines, & contra cognati mariti affines uxori, sed ipsi cognati utriusque non sunt inter se affines, alioqui simulacrum cognationis satius pateret quam ipsa cognatio, *l.* 34. §. *pen. hoc tit. l.* 134. *de verb. oblig.* Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiæ possunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas sorores ducere non prohibentur. Quamquam hic recte facturos arbitror, qui magis id quod honestum est, quam quod licet, inspiciunt, ne verbo cognationis, cujus imago est affinitas, nimium perturbetur: quod sit, si verbi causa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat. Putaverunt quidam nuptias comprivignorum vetari, *Lev.* 18. 11. Ant. Matth. *in not. hic*, & D. Cypr. Regn. *in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum, ἀλληλοπριγόνων, sed fratris & sororis consanguineæ, id est, ab eodem patre ex alia & secunda uxore susceptæ prohibentur nuptiæ: de qua conjunctione nihil dictum erat *v.* 9. ubi prohibentur nuptiæ sororis germanæ, & uterinæ dumtaxat. Verba Moysis sunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua, non revelabis*. In versione LXX. est, ὁμοπατρία ἀδελφή. VINN. Sed error tamen non adeo perspicuus videtur. Cum enim in fontibus legatur מוֹלֶדֶת participium activum, non passivum מוּלֶדֶת vix potest textus aliter verti quam hoc modo. *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo, tamquam sororem tuam*. HEIN.

Licet habeant fratrem, sororemve) Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis videri poterant arctius privigni conjungi; attamen ne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit *leg. generali* 34. §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

9. Si uxor tua post divortium ex alio filiam procreavit; hæc non est quidem privigna tua: sed Julianus ab hujusmodi nuptiis abstinere debere ait. Nam constat, nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam novercam esse: rectius tamen & jure facturos eos, qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.

NOTÆ.

9. *Uxor tua post divortium*) Ex *l.* 12. §. 2. & 3. *ff. h. t.* Sed & pridem apud Romanos desierant bona gratia matrimonia dissolvi. De jure, quod antea obtinebat Augustin. 1. ad *Valer. de nupt. & concup.* 10. & *de bon. conj.* 8.

Non est privigna) Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quam mater secundo nuberet, genitus est. Fest. Græcis πρόγονος.

Abstinere debere) Propter honestatem, quæ in conjunctionibus spectatur; *leg.* 42. *ff. hoc tit.* οἱ τοῖς γάμοις οὐ μόνον τὸ ἐπιτετραμμένον ζητοῦμεν, ἀλλὰ καὶ τὸ ἀπρεπὲς ut ajunt Interpretes canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

Nec sponsam filii nurum) Propria sponsa non est uxor: *leg.* 12. §. 1. & 2. *hoc tit.* Improprie tamen appellatione uxoris sponsam quoque accipimus; *l.* 6. *l.* 8. *ff. de grad. & affin.* Est enim sponsa quasi uxor, & sponsus quasi maritus. Tertull. *de vel. virgin. Desponsata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

1. *Sponsalibus proprie non contrahi affinitatem.*
2. *Ex illegitima etiam conjunctione affinitatem nasci.*

SUperius dictum est, privignam tibi loco filiæ esse, eo quod mater tibi nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo rite solutum sit matrimonium. Quæritur igitur, si uxor tua

post

post divortium alteri nupserit, & ex eo filiam procreaverit; ac ne eam quidem uxorem ducere possis? Ratio dubitandi, quia non est privigna tua, utpote genita postquam mater secundo nupsit. Nam, ut Festus scribit: *Privignus inde dictus est, quod prius genitus sit, quam uxor secundo nuberet*, (Græcis πρόγονος,) aut si rem mavis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat, cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse recte placuit, *l.* 12. §. 4. *h. t.* ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

(1) *Nam constat, nec sponsam filii*) Nudis sponsalibus proprie non contrahitur affinitas, sed nuptiis duntaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quam mutua futurarum nuptiarum repromissio; *l.* 1. *de sponsf.* quam libere liceat infringere; *l.* 6. *d. t. l.* 1. *C. eodem*, ac proinde, verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa proprie noverca, *l.* 12. *h. t.* Quid est igitur, quod Jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *l.* 6. *l.* 8. *de grad. affin. l.* 3. *l.* 4. *de l. Pomp. de parr. l.* 13. §. 3. *ad l. Jul. de adult.* Nempe id minus proprie dici constat, & locum habere cum sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium prope diem sequatur: solutis autem sponsalibus, & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agitur hoc nostro §. & *d. l.* 2. ac solum honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eoque pertinent, *l. semper* 42. *h. t. l. semper* 197. *de reg. jur.* Igitur quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus a comparatione minorum. Et ita profecto est, ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo, quam cum illa quasi privigna: quippe cujus matrem in matrimonio habuit; ex qua forte & liberos, qui illi fratres sunt, suscepti. At sponsam filius meus numquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem: ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipue in hoc negotio respicitur, & a Moyse detectionis nomine honeste significatur. (2) De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quamtumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certe a cognatione, quæ ex contubernio servorum descendit, affinitatem servilem Paulus arguit; *l.* 14. §. 3. *h. t.* Neque ob aliam causam, quam ob affinitatem, prohibetur filius patris sui concubinam uxorem ducere; *l.* 4. *C. eod.* aut in concubinatu habere; *l.* 1. §. 3. *de concub.* Quod autem Modestinus respondit, *l.* 4. §. *sciendum* 8. *de gradu & affin.* affinitatem nonnisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse, vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias conjungi, contra quam ipse definit §. 2. *ejusdem l.* 4. Atque ita sentiunt Juris Canonici Interpretes, dum ex sponsalibus validis de futuro & ex concubitu illegitimo inducunt impedimenta dirimentia, quæ vocant justitiæ publicæ honestatis.

TEXTUS.

De servili cognatione.

10. ***Illud certum est, serviles quoque cognationes impedimento nuptiis esse, si forte pater & filia; aut frater & soror manumissi fuerint.***

NOTÆ.

10. *Serviles cognationes*) Ex *l.* 14. §. 1. *ff. h. t.* idemque observatur & in servilibus affinitatibus; *d. leg.* 14. §. 3. Nam in nuptiis naturale jus, & pudor inspicitur *d. l.* 14. §. 2. alias non facile ulla servilis videtur esse cognatio; *l.* 1. §. 1. *ff. und. cogn.*

Manumissi) Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permissum. VVes.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consuetudine nascitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit, *leg. nuptiis* 57. *& seq. h. t.* consequens est, etiam ex servorum conjunctione cognationem hujusmodi nasci; *l.* 14. §. 2. *eodem*. Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur: Natura autem omnes homines æquales sunt: adeoque quod in cognationibus servilibus constitutum est, etiam in servilibus affinitatibus observatur *d. l.* 14. §. 3.

Manumissi fuerint) Hoc non ita accipiendum est quasi ante manumissionem patri filiam, aut fratri sororem in contubernio habere liceat; sed ideo additum, quia de nuptiis hic quæritur, quas constat, inter personas serviles non consistere de hoc jure. Plane quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur, quos lex observaret; ideo nec leges quibus pœna incestus aut adulterii constituta est, ad servos pertinere existimantur, ut proinde ne eadem severitate ob incestum aut violatum contubernium coercendi sint, qua cives Romani & legum nexu juncti; *l.* 6. *ad leg. Jul. de adult. leg. servi* 23. *c. quæ adulterium* 29. *C. eod.* Atque hoc est quod Paulus scribit *l.* 10. §. *de grad.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure Pontificio etiam inter servos matrimonium est, *c.* 1. *x*, *de conj. serv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. ***Sunt & aliæ personæ, quæ propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure vetere collectarum enumerari permisimus.***

COMMENTARIUS.

SUnt *& aliæ personæ*) Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervertatur; *l. tutor* 36. *& seqq. l. senatusconsulto* 59. *& seq. h. t. l.* 1. *& passim*, *C. de interd. matr. inter pup. & tut.* Item præses, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. si quis* 38. *l. qui in provincia* 57. *h. t. l. un. C. si quac. præd. pot.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater artem ludicram fecerit, *lege Julia* 44. *h. t.* Quæ cum hodie non obtinent, non est operæ pretium plenius persequi; vid. Rittersh. *lib.* 1. *diff.* 10. *n.* 22. Zipæ. *not. jur. Belg. de sponf. pr.* Grenevv. *de leg. abrog. C. si quac. præd. pot.*

TEX-

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. *Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt: sed tales sunt, quantum ad patriam potestatem pertinet, quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur; cum & iis pater incertus sit, unde solent* Spurii *appellari* παρὰ τὴν σποράν, *&* ἀπάτορες, *quasi sine patre filii. Sequitur ergo, ut dissoluto tali coitu, nec dotis, nec donationis exactioni locus sit. Qui autem prohibitas nuptias contrahunt, & alias pœnas patiuntur, quæ sacris constitutionibus continentur.*

NOTÆ.

12. *Nec vir nec uxor.*) Sunt enim hæc ἄνυμα ὀνόματα, justi conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt, quæ contra leges fiunt; *l. 5. C. de legib.* VINN. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa esse, pridem observarunt Merill. *Obs. l. 5. c. 11.* & Jac. Gothofr. ad *l. Pap. Popp. c. 4.* Attamen hæc lex quamvis injustas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, easdem tamen non rescindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, sed tamen non divellebantur. Dos non intelligebatur, sed ea tamen non nisi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Fragm. *t. 16. §. ult.* Primum ergo Oratione D. Marci cautum, ut inter hujusmodi personas nec nuptiæ essent, *l. 16. pr. ff. de rit. nupt. l. 3. §. 1. de donat. int. vir. & uxor. l. 42. §. 11. ff. de rit. nupt.* Ex eo ergo tempore hujusmodi uxor ne retineri quidem poterat. HEIN.

Nec des.) Matrimonium quidem sine dote esse potest, at dos esse non potest sine matrimonio, *l. 3. ff. de jur. dot.*

Quantum ad patriam potestatem.) Comparatio natorum ex illegitimo matrimonio cum vulgo conceptis, quantum attinet ad patriam potestatem. In hoc spuriorum & injustorum liberorum par est conditio, quod sicut spuriis pater incertus est, ita qui nascuntur ex injusto coitu, patrem non habere credantur, quoniam licet patrem demonstrare possint, eum tamen habent, quem habere non licet, *l. 23. ff. de stat. hom.*

Cum & iis) Cujac. legit; *Cum & is pater incertus est.*

Quasi sine patre.) Non quod sine patre sint; ἀλλ᾽ ἢ πατρὸς εἶναι ὀ κεῖς ποτ᾽ αἵ, ait Euripid. sed quoniam vulgivaga Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est proprium & primum nomen, sicut *Sextus*, *Decius*, &c. iisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos & S. P. interposito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur; Plutarch. *quæst. Rom. c. 12.* Nescio an huc referenda sit elegans Inscriptio apud Grut. p. CCCCXXXIV. 4. ubi C. *MAMERCIUS JANUARIUS* dicitur SP. F. Non possunt hæ litteræ legi *SPURIUS FILIUS*, uti visum est Scaligero in Indice, quia non erat vulgo quæsitus, sed P. PACCII JANUARII FILIUS NATURALIS, ut ex ipsa inscriptione patet. E concubinis vero nati Spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adscripsissent filio, in dignitate constituto, *Ædili*, *prætori*, *Duumviro*, *& Quæstori iterum*. Neque hæ litteræ legi possunt *Spurii filius*. Pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Consequens ergo est, ut veteri more a Plutarcho observato vocetur S. P. FIL. id est, sine Patre filius. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur error eorum, qui putant nuptias filiorumfamilias sine parentum consensu contractas accedente copula confirmari fiendo in hoc jure.*
3. *Extra nuptias quæsitos omnes quoad patriam potestatem pro vulgo conceptis & spuriis haberi.*
3. *Dotis aut donationis nomine ob injustas nuptias data, caduca fieri.*
4. *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumstantiarum varias esse pœnas.*

ILlegitimæ conjunctionis ex hoc jure duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coeunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, hujusmodi nuptias ipso jure non subsistere, sicut nec cætera subsistunt, quæ contra leges fiunt, *l. non dubium 5. C. de legib.* unde sequitur, quod hic ait Justinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum usus est in justis nuptiis dumtaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis, *Si adversus ea*, &c. contineantur etiam nuptiæ filiifam. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam de hoc jure consistant, *l. 1. h. t. fac. l. dotis 68. de jur. dot. l. 13. §. si quis 6. ad leg. Jul. de adult.* & liberi ex tali coitu suscepti injusti sint: quam in rem expressus textus est in *l. 11. de stat. hom.* (1) Atque hic locus vel unus sufficit ad refellendum eorum errorem, qui contendunt, nuptias sine patris consensu contractas, utut ab initio irritæ sint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus *d. l. 11.* liberos ex tali consortio natos injustos esse. An igitur existimant, etiam sine conjunctione corporum liberos nasci? Quid porro tam absurdum est, quam dicere, concubitum, rem sine matrimonio illicitam, confirmare actum ipso jure nullum, hoc est, efficere, ut ratum & justum sit hoc jure matrimonium, quod contra hoc jus contractum est? Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya. Hispanorum jurisconsultorum disertissimus, *l. 1. observ. jur. c. 4. n. 10. & 11.* quamquam *n. 12. & seq.* perperam Paulum interpretatur, quasi hoc Jurisconsultus sentiret, liberos conceptos ex matrimonio, quod quis sine patris consensu contraxit, natosque post mortem avi, hoc jure justos quidem non censeri ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse a tempore nativitatis: quæ interpretatio tam a ratione juris, quam a mente & verbis Jurisconsulti plane aliena est. Nec juvatur, sed & refellitur illa ipsa, *l. 6. C. h. t.* quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus affert. Occasionem errori dedit responsum Ulpiani, *leg. 1. §. ult. de liber. exhib.* quo tamen loco manifeste loquitur Jurisconsultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis: qui postea genero offensus pro potestate sua filiam vult abducere, & nuptias rite contractas dissolvere. Neque enim nuptias illas, si contra leges initæ fuissent, Ulpianus appellaret de hoc jure concordans & liberis subnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum 2. *sent.* 19. §. 1.

§. 1. legimus, eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahi, sed contracta non solvi; non ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimonium, quod sine voluntate patris contractum est, loquendo de hoc jure; hoc enim diserte item Paulus negat, *d. l. 1. de stat. hom. & d. l. 2. h. t.* sed sine volente patre contractum sit; non ideo postea dissolvendum, quod pater in ea voluntate non perseveret, *l. cum hic status* §. *si socer*, 19. *de donat. inter vir. & uxor. l. 5. C. de repud.* D. Duar *ad t. sol. matrim c. 2. de nupt.* Et tamen etiam hoc casu pater justa causa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere potest, *d. l. 5. C. de repud.* Priscis temporibus etiam laxior hæc patris potestas fuit. *In Sticho* Plauti Antipho filias suas Panegyrin, & Pinacium ob hoc solum vult abducere, quod mariti paulo diutius abessent domo: ad quem Panegyris, *act. 1. scen. 2. v. 73. 74.*

Aut olim, nisi tibi placebant, non datas oportuit.
Aut nunc non æqum est abduci, patre, illisce absentibus.

Apud Nonium sic Afranius.

O indignum facinus adolescentis, optimas,
Bene convenientes, concordes cum viris,
Repente viduas faciat spurcitias patris.

In eamdem rem Cujac. *ad Nov. 22.* adduxit Ennii locum, ubi ita queritur filia:

Injuria ab te afficior indigna, pater;
Nam si improbum esse Cresiphontem æstimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Quantum ad patriam potestatem) Comparatio eorum, qui ex injusto matrimonio nati sunt, cum iis, quos mater vulgo concepit, quoad patriam potestatem, cujus solius rei gratia hic de nuptiis quæritur, & neutri de hoc jure quoad hunc effectum patrem habere intelliguntur: quoniam nemo, respectu eorum, qui sunt juris civilis, filius intelligitur, nisi qui ex viro & uxore natus est; *l. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.*

Cum & iis pater incertus sit) Hæc verba non obscure innuunt, non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos, qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est. Unde Diogenes conspicatus meretricis filium lapidem in turba hominum conjicientem; *Cave*, inquit, *ne patrem ferias*. At nati ex ea, quæ cum uno tantum licet illicite rem habuit, non videntur dici posse habere incertum patrem; quod & verum est. Sed tamen, quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modo vulgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsiti sunt, licet patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur; *l. vulgo 23. de statu homin. l. 3. Cod. solut. matrim.*

Παρὰ τὴν σπορὰν) Apud Theophilum est, quasi σποράδην, id est *sparsim*, *vulgo*, *promiscue* concepti, quod magis probo cum VVesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæst. Rom. 11.* Scribit enim, hanc appellationem inde natam esse, quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius* & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita norabant SP. hos S. P. interposito puncto tamquam *sine patre*. Atque hinc est quod Hotom. & VVesemb. pro eo, quod vulgo legitur ἀπάτωρ; *quasi sine patre filii*, substituerunt *quasi S. P.* idest, *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

Nec dotis, nec donationis) Quod dotis aut donationis nomine propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum sit; id est, fisco vindicatur, *l. 4. auth. incestas, Cod. de inc. nupt. l. necesse, 52. l. dote 61. h. t. l. cum his status 32. §. ult. de donat. inter vir. & uxor.* Præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi; *de leg. 4. Cod. de inc. nupt.* In feminis etiam error juris excusatur, sed positivi dumtaxat; eoque referimus *l. 1. 1. C. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de don. inter virum & uxor. l. 2. §. 2. de his quibus ut indign.* add. Sich. *in d. ll. 4.* Christin. *volum. 1. decis. 337. & vol. 3. decis. 129. n. 6.*

Et alias pœnas) In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas juris gentium nuptias contraxerit, an jure civili dumtaxat: sciverit, an ignoraverit; in facto erraverit, an in jure; mas sit, an femina; major, an minor. Vid. *l. ult. h. t. l. 6. cum auth. seq. Cod. de inc. nupt. Nov. 12. leg. unic. Cod. si quoc. præd. pot.* quæ mulctam irrogat pecuniarum, infamiam *l. pæn. C. de interd. matrim.* cum infamia pœnam stupri; *l. 18. Cod. de adult. si adulterium 38. §. 1. & seqq. eod.* & ibi Bart. & DD. ad Gloss. & DD. *ad hunc locum*; Covarr. *de matrim. p. 2. c. 6. §. 8.* Christin. *volum. 3. decis. 129.* Damhoud. *prax. crim. c. 94.*

TEXTUS.

De Legitimatione.

13. *Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim, ut nati sunt, in potestate parentum non sunt; postea redigantur in potestatem patris; qualis est is, qui dum naturalis fuerat, postea curiæ datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui a muliere libera procreatus, cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.*

NOTÆ.

13. *Qui dum naturalis*) Natus ex concubina, non ex stupro, scorto, aut conjunctione legibus vetita; *leg. 44. Cod. de Episc. & Cler. Nov. 74. cad. 6.* Balsan., *ad Synod. Laodic.* in quo errat Theophil. Nam concubina legibus cognita non est meretrix.

Postea Curiæ datus) In curiam cooptatus, curialis factus; *leg. 9. Cod. de nat. lib.* Modus hic legitimandi manat ex constitutione Theodosii; *l. 3. Cod. de eod.* & Leonis, *leh. 4. eod.* deque eo latius agit Justin. *Nov. 89. capit. 2. & sequent.* Causam præbuere onera curialium. Theophylact. *in Marc. cap. 15.* Soxom. 1. *cap. 8.*

A mu-

A muliere libera) Id eſt, ingenua; *l.* 10. *Cod. d. tit.* Item tamen eſt, ſi eſt libertina vel ancilla; *Nov.* 18. *c. ult. Nov.* 89. *c.* 8. Cujac.

Dotalibus instrumentis) Id eſt, *nuptialibus*, ut in *d. l.* 10. & alibi ſæpe. Tabulas autem neceſſarias eſſe arguunt quotquot ſunt loci, in quibus de hac ſpecie legitimationis agitur. In conſtitutionibus Græcis appellatur, ἐκ τῶν γάμων συμβολαίων.

Quod & aliis liberis, qui poſtea) Cujac. legit: *Quod, ſi alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati*, &c. ut ſit ſenſus: Liberos antea ſuſceptos a Juſtiniano æquari poſtea natis, ut poſteriores in hæreditate patris potiores non ſint, ſed una eademque lance trutinentur, ut eſt in *d. leg.* 10. Malim tamen legere cum Hotom. *Quod, etſi alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati*, &c. §. 2. *inf. de hær. quæ ab inteſt.* de quo dubitatum fuit propter *d. l.* 10. conſtat ex *d. l.* 11. *Cod. eod.* ubi hæc quæſtio deciditur. Ut ut eſt, beneficio Principali non indigent, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt. Introduxit poſtea Juſtinianus & tertium legitimationis genus per reſcriptum Principis; *Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *cap.* 9. & 10. VINN. Nec Cujacii, nec Hotomanni conjectura rem extricat. Nam expedivit ampliſſimus Corn. Van-Bynkersh *Obſ.* 2. 11. reſcribi jubens: *Quod ut aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, ſimiliter noſtra conſtitutio præbuit*. Et ita hic §. plane congruit *legi* 10. *Cod. de naturalibus lib.* ad quam Juſtinianus hic reſpicit. HEIN.

COMMENTARIUS.

1. *Objectum legitimationis eſſe liberos naturales, nec tamen omnes, qui ita appellantur, aut appellari poſſunt.*
2. *Speciem legitimationis per oblationem curiæ ab uſu receſſiſſe.*
3. *An nepos ex filio naturali per ſubſequens matrimonium avi, defuncto patre, avo fiat legitimus?*
4. *Legitimationem jure civili non procedere, niſi intervenientibus inſtrumentis nuptialibus; ſecus jure Can. quod mores hodierni ſequuntur.*
5. *Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos juſtum non haberi ſine diſpenſatione.*
6. *De legitimatione per reſcriptum Principis.*

TRanſit hic Imp. ad alterum modum conſtituendæ patriæ poteſtatis, quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias ſuſcepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris poteſtati ſubjiciuntur. Species legitimationis tres ſunt; nam aut per curiæ oblationem fit: aut per ſubſequens matrimonium; aut denique per reſcriptum Principis: quarum duæ priores hic tantum proponuntur: tertius enim modus eſt ex legibus novellis. Sunt qui quartam ſpeciem adjiciunt, Gudel. *lib.* 1. *de jur. noviſſ. c.* 16. Perez *ad tit. Cod. de natur. lib. n.* 16. Nominationem filii in teſtamento aliove inſtrumento habente ſubſcriptionem trium teſtium a patre factam; *Nov.* 117. *cap.* 2. unde *auth. ſi quis Cod. de nat. lib.* Sed ea probatio potius eſt matrimonii, & præſumptio pro liberis, non quod facti, ſed quod nati ſint legitimi, quam proprius modus legitimandi.

(1) *Quidam naturalis*) Objectum legitimationis ſunt liberi naturales: non omnes tamen qui ita appellantur, aut appellari poſſunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex juſto matrimonio nati, qui & ipſi nobis naturales ſunt, & ita appellari ſolent, quando adoptivis opponuntur; *pr.* & §. *ſed ſi* 7. *tit. ſeq.* §. 2. *inf. de hær. quæ ab int. l. ſi pater*: 29. *leg. non poteſt*, 31. *de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non ſunt nati ex legitimo matrimonio; *tot. tit. Cod. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia eſt. Matri omnes ſunt naturales, etiam ex illicitis & inceſtis nuptiis procreati, etiam vulgo quæſiti qui & matri ſuccedunt ex SC. Orficiano, §. *pen. inſ. de SC. Orſ.* Patri illi duntaxat, qui ex concubina ſuſcepti; *arg. hujus* §. DD. *in leg. pen. de concub.* post Gloſſ. *ibid.* Quando autem iidem DD. requirunt, ut mulier ſpecie uxoris habeatur in domo, negantque in hoc argumento patri naturales eſſe qui foris ſuſcepti ſunt, aut etiam domi ex famula, uſus non obſervat; adeoque apud nos meliore conditione non eſt concubina, quam quævis alia, quæ corporis ſui poteſtatem alicui facit, teſte Div. Grotio 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex ſtupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, naſcuntur, patri hi naturales non ſunt, ſed ſimiles illis, quos mater vulgo concepit; quos conſtat non eſſe objectum legitimationis, cum nec patrem demonſtrare poſſint; §. *præc.* Quamvis inſpecta rei veritate, omnes qui ex nobis nati ſunt, licet vulgo quæſiti, nobis ſunt liberi naturales: atque in iis, in quibus jus naturale inſpicitur, ut in contrahendis nuptiis pro talibus habeantur; *leg.* 14. §. 2. *hoc tit.* De natis ex contubernio ſervili nihil attinet dicere, cum eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuiſſe videtur quam natorum ex concubina: quia etiam jus ſuccedendi iis datum eſt una cum liberis legitimis; *inf. de ſerv. cogn. in fin. pr.* Jure Can. ut ſupra dictum eſt, etiam inter ſervos matrimonium eſt. Nobis ut ſervitus incognita, & ita & ſervile conſortium. Objectum igitur legitimationis ſunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

(2) *Poſtea curiæ datus*) Primus legitimandi modus eſt oblatio Curiæ. Curia in municipiis & coloniis idem erat quod Romæ Senatus, & Decuriones, qui Senatores: inde dicti, quod ex iis, qui in coloniam deducebantur, decima pars Conſilio publico ſive Curiæ adſcribebatur, auctore Pompon. *leg. pupillus* 239. §. *decuriones* 5. *de verb. ſign.* In Impp. conſtitutionibus vulgo *Curiales* appellantur. Cauſam hujus legitimationis impulſivam fuiſſe Hotom. ſcribit inopiam Decurionum, eaque onera, quæ huic ordini alioquin honorifico ſatis gravia incumbebant, quibuſque mancipabantur; ita ut nec ipſi, nec eorum liberi inde eximi potuerint, niſi certis modis; vid. *l.* 4. *l.* 4. *l.* 9. *Cod. de nat. leg.* Naturalis quoque filia ſi curiali uxor a patre data eſſet, jus filiæfam. adipiſcebatur, *dict. leg.* 3. De hoc legitimandi modo latius agit Juſtinianus *Nov.* 89. *cap.* 2. & *ſeqq.* nobis incognitus eſt; atque ab uſu eum receſſiſſe teſtantur Mich. Graſſ. §. *ſucceſſio quæſt.* 19. *n.* 19. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 16. *in fin.* D. Kinſchot. *de reſcr. Gr. tract.* 16. *cap. num.* 1. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 145. *num.* 18. VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur, ac ſi decuriones facti, eſſent illi liberi naturales, quos pater curiæ obtuliſſet. Sed alii ſunt curiales, alii decuriones. Hi in dignitate vivebant: illi curiæ erant obnoxii. *l.* 5. *Cod. de decurion.* adeoque curiæ ſerviebant *l.* 50. *Cod. eod.* periculo ſuarum facultatum *l.* 60. & 64. *Cod. eod.* & hinc nec alienare pote-

poterant paternas facultates *l. 4. Cod. de nat. liberis*, nec militiæ adscribi *l. 17. C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere, *tot. t. Cod. Th. de his qui condit. propr. reliqu. l. 12. t. 18.* quæ conditio curialis etiam filios sequatur *l. 7. Cod. Th. de decur. l. 12. t. 1.* quin & qui curialis filiam duxerat, & hæres, non exstantibus liberis, fuerat factus, curiæ mancipabatur; *l. 124. Cod. Th. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi, a patre oblati, non statim decuriones, quos a curialibus ipse Jac. Gothofredus in *paratitlis ad Cod. Th. de decur.* non satis distinxit. Vid. Merill. *Obs. l. 7. c. 26. p. 109.* HEIN.

Nec non is, qui ex muliere libera) Secundus legitimationis modus est, cum pater concubinam, ex qua liberos naturales habet, uxorem ducit. Nuptiarum quidem per se hæc vis est, ut liberi ex iis nati legitimi fiant & in potestate patris; sed ut ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit, & a beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vide de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l. 10. Cod. de natur. lib. Nov. 89. cap. 8.*

Cujus matrimonium minime interdictum) Hoc ex eo necessario efficitur, quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem, ut uxor esse possit, licet ad tempus impediatur: veluti si Præses provincialem in concubinatu habuerit, & finita administratione provinciæ eam uxorem ducat, *leg. ult. de concub.* (3) Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent Covarruv. *de matrim. p. 2. cap. 8. §. 2. n. 22. & seq.* Chassan. *ad consuet. Burgund. titul. de success. rubr. 8. §. 5. n. 42. & seq.* Fachin. *3. contr. 56.* Div. Tulden. *comm. hic cap. 4. & ad t. Cod. de natur. l. rum. 4.* Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici non potest ne patre quidem vivente, nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est, filium naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius fieret, si viveret; aut natus est nepos ex justa filii uxore, & legitima plane persona est, incognitaque jure nostro legitimatio ejus, qui jam legitimus est, ad solum effectum succedendi. Sed & filio defuncto sublatum est medium, per quod matrimonii ab avo contracti effectus ad nepotem pertingat: falsum enim est, quod præsupponunt, legitimationis hujus hanc esse vim, ut retrohatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset, necessario sequeretur, filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore mortua ante nuptias cum concubina contractus; de quo Tiraquel. *de jur. primog. quæst. 34.* Joann. Christ. *diss. 3. de matrim. quæst. 23*, item liberos etiam non consentientes legitimos fieri; contra *Novel. 89. cap. 1.* Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit; etiamsi filium non habeat, *§. licet 5. t. seq* Nam a diversis nulla illatio est, & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos nisi ex ipsa concubina natos: quæ & communior sententia est. Vid. Gail. *2. obs. 141. num. 2.* Val. Foster. *tract. de succ. ad int. lib. 1. quib. caus. hi ass. cess.* Bacgov. *in Treutl. vol. 1. disp. 2. thes. 7.* VINN. Sequitur Vinnius Bachovium, sed utriusque argumentis jam satisfactum a B. Hubero *in Prael. ad ff. lib. 1. t. 7. §. 10.* HEIN.

Dotalibus instrumentis) Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiamsi de dote danda nihil in iis cautum sit; alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, quæ dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod perquam durum est. Et Justinianus *l. 10. Cod. de natur. lib.* promiscue hisce vocibus utitur, & alibi sæpe hæc instrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat duntaxat, *§. 2. infr. de hæred. quæ ab int. Nov. 74.* (4) Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatione agitur, horum instrumentorum perpetuo meminit; satis firmum argumentum est, iis non intervenientibus liberos ante natos non fieri legitimos. Verum quidem est, matrimonium solo consensu perfici: sed hic non eam quæritur de matrimonio contrahendo, ejusque contracti propria vi & potestate, quam de effectu speciali legitimationis, quem matrimonium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubie, ut liquido & perpetuo constare possit, non tantum an ea quæ concubina fuit, maritali postea affectu & pro uxore habita sit: verum etiam an liberi & quinam legitimati sint, quod instrumento omnino inserendum, cum non alii, quam qui volunt, legitimentur, *Nov. 89. c. 11.* Male igitur argumentatur Ant. Matth. *Coll. Inst. 2. disp. 1. thes. 25.* Jure autem Can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est; *c. tanta, 6. x., qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris, D. Tuld. *comm. hic c. 11.* Perez. *ad tit. C. de nat. lib. n. 8.* Christ. *vol. 1. decis. 310. n. 11. & seq.* quod tamen cum dicimus, non excludimus publicas futurarum nuptiarum denunciationes, quæ in Ecclesiis ex scripto recitandæ, *art. 3. ord. pol.* (5) Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos fecit: Gail. *2. obs. 141. n. 8.* D. Tuld. *ad t. C. de nat. lib.* quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione propter *d. art. 3. ordin. pol.*

Quod & alius liberis, qui postea) Vitiosa procul dubio hæc lectio est. Quis enim dubitet, eos liberos, qui ex justis nuptiis procreati sunt, legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego: *Quod, etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint*, &c. de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani in *l. 10. C. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l. 11. §. eod.* ubi hæc controversia deciditur, ad *§. infr. hæred. quæ ab int.*

(6) Tertium genus legitimationis postea accessit, nempe quæ fit per rescriptum Principis. Per rescriptum Principis legitimantur liberi naturales ad supplicationem patris, qui legitimam prolem non habet, & concubinam uxorem vel non potest ducere, puta quia mortua sit, aut se subducat, vel non honeste potest, ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth. præterea, Cod. de nat. lib. Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. & 10.* vel ad supplicationem filii, si pater eum hæredem instituit, vel testamento dixerit, desiderare se, ut naturalibus restituatur; *d. c. 10.* Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat, aut matrimonium cum matre inire possit. Cæterum non intelligitur Princeps velle facere, nisi rescripto id nominatum comprehensum fuerit; Mynf. *1. obs. 31.* Gail. *2. obs. 142. n. 8.* Perez. *ubi sup. n. 12.* Plane non rescinditur legitimatio semel concessa, quamvis postea ex justo matrimonio soboles patri agnascatur; D. Tuld. *ubi sup. n. 5.* Hæc legitimatio tantum in bo-

tenis legitimantis tribuit legitimatio, quantum liberis legitimis jus naturæ. *loc. sup. Cons. Holl.* 10. Cognatos autem non tangere, exceptis iis, qui in eam consenserunt, neque ad feuda pertinere, nisi id quoque nominatim cautum sit, notat Div. Grot. 1. *manud.* 12. add. Mynſ. 5. *obs.* 42. D. Kinschot. *de resc. tract.* 6. *c.* 5. *n.* 2. Plenius de hac specie legitimationis, deque clausulis, quæ rescriptis inseri nunc solent, tractat Div. Gudelin. *de jur. nov. lib.* 1. *c.* 15. add. D. Christ. *vol.* 1. *dec.* 109. *n.* 18. & *vol.* 2. *dec.* 145. D. And. Gail. *ad.* [illegible] 142. VINN. Quæ de effectu, quæ ad feuda, addidit Vinnius, ea non obtinent, niſi princeps legitimans ſimul ſit feudi dominus. Immo ne tunc quidem admittuntur legitimati, niſi deficientibus agnatis, quibus jus ſemel quæſitum ſine injuria adimi nequit 2. *Feud.* 26. Schrad. *part.* 7. *c.* 5. *n.* 23.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ADOPTIONIBUS.

D. L. 1. Tit. 7. C. Lib. 8. Tit. 48.

1. *Continuatio, & ſumma tituli; tum quid ſit adoptio, & quam antiqua ejus origo?*
2. *Hodie adoptionem ab uſu receſſiſſe; ſed in Germania aliiſque nonnullis provinciis receptam unionem prolium, adoptionis quoddam ſimulacrum.*

(1 EXpoſiti ſunt in ſuperiori titulo duo priores modi conſtituendæ patriæ Poteſtatis; nuptiæ & legitimatio: ſequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio eſt actus legitimus, quo in jus & locum filiorum famil. adſciſcimus eos, qui nobis extranei ſunt, in ſolatium eorum, qui liberos non habent, πρὸς παραμυθίαν ἀπαιδίας, inventus. Græcis vocabulo ſignificantiore dicitur υἱοθεσία. Genus eſt actus legitimus ſive legis actio; *l.* 3. & 4. *h. t. l.* 1. *Cod. eod.* quæ quid ſit, dicemus inferius §. 1. *hujus tit.* Sequentia differentiam continent qua hic actus a reliquis legis actionibus diſcernitur; quales ſunt emancipatio, manumiſſio, & ſi quæ ſunt ſimiles. Extrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expreſſit, & indicat Ulpian. *l.* 15. §. 2. *hoc t.* itemque Cicero *orat. pro dom. ſua.* Tria autem fere ſunt, quæ *h. t.* tractantur. Primum dividitur adoptio in duas ſpecies, quæ ſuis definitionibus explicantur: tum deinde, qui adoptare aut adrogare poſſint; poſtremo quæ ſit vis utriuſque adoptionis oſtenditur. Origo adoptionis antiquiſſima eſt. Non enim Romani ſolum, verum etiam Græci in ſolatium orbitatis filios ſibi adſciſcere ſolebant; ut ex Æginetico Iſocratis, & Plutarcho in *Theſeo* liquet. Apud Hebræos quoque & Aſſyrios, atque Ægyptios in uſu fuiſſe adoptionem, teſtes ſunt Joseph. 1. *antiq.* 15. Beroſ. *l.* 5. *de florum.* Diod. Siculus 4. *Biblioth.* Moſes a filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. c.* 2. Nec Franci olim, nec Longobardi [illegible] ignorarunt; ut ex Paulo Diacono & [illegible] Gregor. Tholoſanus *l.* 10. *ſyntagm.* 6. (2 Ceterum hodie in hiſce regionibus jure veteri adoptionis non utimur, nam adſciti a nobis non pro filiis, ſed pro alumnis ſunt, hoc eſt eo loco, quo ſunt liberi alieni, quos in noſtros enutrimus: quos quidem nihil prohibet etiam hæredes inſtituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non cenſentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has perſonas conſiſtunt, ſicut cum alumna jure civili; *leg. ſi quis* 16. *C. de nupt.* Quo tamen jure neque filia patri adoptivo, neque ſoror adoptiva fratri, qui in ejuſdem patris poteſtate ſit, nubere poteſt; §. 1. & 2. *t. preced.* Et neceſſe non eſt eas hæredes inſtituere aut exhæredare, ut jure Romano liberos adoptivos: §. *adoptivi* 4. *inſt. de exhær. lib.* Nam ad ſucceſſionem ab inteſtato vocantur, vel ut liberi, vel ut agnati, aut cognati. De moribus harum regionum teſtantur Grot. 1. *manud.* 6. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 15. Chriſtin. *vol. dec.* 185. De conſuetudine Galliæ Mantver. *de pæn. n.* 34. Tiraq. *tract. de retract. gloſ.* 8. §. 1. ubi tradit, nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & Greg. Tholoſ. *ubi ſupr.* Fallitur ergo Did. Eguin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus jure Romano conſtituta ſunt, adhuc valere debere ideo contendit, quod nihil de iis comprehenſum ſit legibus Gallorum propriis, conſtetque inter Pragmaticos, quod jure proprio definitum non eſt, jure communi, hoc eſt Romanorum dirimi, quo etiam conſtitutiones Principum nos identidem remittunt. Etenim non minus de eo inter omnes Pragmaticos convenit, ſi quando Principes jubent, jus Rom. ſequi ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum eſſe, ut locum dumtaxat habeat, ſi jus Romanum generali & manifeſta deſuetudine abrogatum non ſit. Nam neque de ſervis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus; an ergo idcirco dicemus ſervitutem ibi tacite approbatam cenſeri? Quod ideo monere viſum eſt, ne quis in hujuſmodi controverſiis hoc argumento ſibi imponi patiatur. In Germania paſſim, & nonnullis aliis provinciis conſuetudine recepta æſtimatio quædam adoptionis, conjunctio ſive unio prolium quas conjuges ex diverſis matrimoniis ſuſceperunt. In hoc contractu & Magiſtratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi, præſentibus & conſentientibus conſanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordiæ vinculum comparata diſcordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate; Div. Andreas Gail. 2. *obſ.* 125. VINN. Multa hic accumulat Vinnius, quæ vix admittenda ſine examine. Nam 1. quæ de Uſu pragmatico adoptionis dicit, non dixerim, ſi quis hodie extraneum arrogaverit ſolemniter, illum hunc non filium, ſed alumnum habiturum. In Germania ſaltem eo caſu omnes effectus adoptionis & arrogationis obtinere & ipſe obſervavi, & jam pridem exemplis docuit B. Struvius *in Iſu ff. ad t. de adopt.* & *de Cap. minut.* Idem de Friſia noſtra adfirmat B. Huber. in *Prælect. ad Inſt. h. t.* §. 14. Ubi itidem exemplum illuſtre. 2. Vix puto in provinciis his, ubi poſtremis demum ſæculis jus Romanum receptum eſt, quærendum eſſe, an jus Romanum abrogatum? Sed an quatenus in hac vel illa materia receptum ſit? ſic ſane Jura de ſervis, quæ exempli loco affert Vinnius, non deſuetudine apud nos abrogata, ſed nunquam recepta ſunt, quippe quæ non congruebant ſtatui rerum publicarum ſeptentrionalium. 3. Unio prolium & in ipſa Germania rariſſima, vix quidquam commune habet cum adoptione, quia non eſt modus conſtituendi patriam poteſtatem, ſed pactum ſucceſſorium, qualia inter Germanos plurima recepta ſunt. HEIN.

TEX

TEXTUS.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi secundum ea, quæ diximus, in potestate nostra sunt, verum etiam ii, quos adoptamus.

NOTÆ.

Quos adoptamus) *leg.* 1. *ff. hoc tit.* Ulpian. *tit.* 8. Est autem adoptio actus legitimus; *leg.* 77. *de regul. juris*, quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus. Theoph. Græcis verbo significatiore dicitur υἱοθεσία. Origo ejus antiquissima. Vid. Greg. Tholos. 10. *syntagm. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

Filiosfamil. non solum natura, verum etiam adoptiones faciunt, *l.* 1. *hoc tit.* Per naturales liberos hoc loco intelligi oportet eos, qui sunt ex justis nuptiis procreati; ea enim perpetua est naturalium liberorum significatio, cum opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum, & diversæ ejusdem generis speciei; §. *sed si* 7. *inst. eodem*, §. *adoptivi* 4. *instr. de exhæred. lib*: §. 2. *instr. de inoffic. test. l. non potest* 31. *hoc tit. l.* 2. §. *lib.* 6. *ad Senatusc. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere; qui legitimi non sunt, significantur, & naturales dumtaxat, §. *ult. superioris*, tot. *C. de natura lib.* quod & in voce parentis naturalis similiter observandum.

TEXTUS.

Divisio adoptionis.

1. *Adoptio autem duobus modis fit: aut Principali rescripto, aut imperio Magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, quæ species adoptionis dicitur, adrogatio. Imperio Magistratus adoptamus eos, easve, qui, quæve in potestate parentum sunt: sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

NOTÆ.

1. *Duobus modis*) Ex Cajo *leg.* 2. *ff. hoc tit.*

Principali rescripto) Hoc stante Republica auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. *lib.* 5. *cap.* 19. Gruch. 4. *de comit. Rom.* 3.

Imperio Magistratus) Apud quem est legis actio: *l.* 4. *eod. leg.* 1. *Cod. eod. leg.* 3. *ff. de offic. proconf.* Hæc species generis nomen retinet ut sæpe alias, cum proprium nomen deest. Boetius ad topic. Cic. *lib.* 2. *Fit vero id sæpe, ut species iisdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

COMMENTARIUS.

1. *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitiis curiatis fieri solitas: & ideo mutato statu Reipubl. Principis auctoritatem in hoc actu necessariam fuisse.*
2. *Adoptio in specie apud quos, quo ritu olim fieret, & quomodo nunc fiat?*

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera, quia proprio caret generis nomine, adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter accidit. Nam cum plura sint negotia, quam vocabula, *leg.* 4. *de praescr. verb.* sæpe fit, ut verba, quæ vi sua generalem significationem habeant, ex instituto loquentis certam speciem indicent; eam nimirum quæ proprio nomine destituitur, & cui fere cum specie ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis, & sexcentis aliis. (1) Adrogatio est adoptio eorum, qui sunt sui juris, facta auctoritate Principis. Duo igitur sunt hujus adoptionis propria: primum, quod eorum tantum est, qui sui sunt juris; alterum, quod fieri debet auctoritate Principis. Cur vero Principis auctoritas in hoc actu necessaria? Nimirum quia antea populi fuit. Nam jure a majoribus prodito, nemo qui sui juris erat, in alienam potestatem transire poterat, nisi populus auctor fieret. Comitia præbebantur curiata, arbitri erant Pontifices; formula hæc: *Velitis, jubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eo potestas siet, uti patriendo filio est.* Gell. 5. *cap.* 19. Gruch. 3. *de comit. Rom.* 3. Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur; ille: An vellet eum quem adoptaret sibi justum filium esse: hic, An id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus *l.* 2. *hoc t.* Et haud dubie inde est, quod adrogari non potuit nisi jam vesticeps: nam impubes, quem investem dicebant, auctor in eam rem propter ætatem fieri non poterat, neque tutoribus tanta erat potestas, ut caput liberum fidei suæ commissum alienæ ditioni subjicerent. Et quia cum feminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat: Gell. *dict. loc* Cic. *pro dom.* Hæc, inquam, stante adhuc Repub. cujus statu mutato, quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & feminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt: *l. nec ei* 16. *cum seqq. hoc tit.* Ulpian. tit 8. §. 4. Adoptio in specie eorum est, qui sunt in potestate, fitque auctore patre, qui in potestate habet apud Magistratum, apud quem est legis actio; *leg.* 4. *hoc tit. leg.* 1. *Cod. eod. de off. proconf.* Legis actio est id, quod fit ex præscripto & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis: quibus solemnibus peragendis, si lex Magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem recte lege agi ostendit *leg. ult. Cod. de his qui a non dom. man.* Et quemadmodum hujusmodi actus, cum sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius Magistratus apud se expedire potest, *leg.* 4. *hoc tit. l.* 2. *de off. præt.* ita & Princeps tamquam summus Magistratus. Quo pertinet, quod de Augusto refert Suetonius, *cap.* 64. *Caium & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per assem & libram emptos a patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit Gell. *dict. loc.* *Adoptantur, cum a parente, in cujus potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud quem legis actio est, vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes, sed duæ tantum manumissiones, *l. ult. Cod. hoc tit.* Nam si filius ter venditus, tertio quoque manumissus fuisset, ut in liberorum emancipatione sui juris tertia manumissione factus esset. Itaque tertio ita vendebatur, ac mancipabatur adoptatori, ut ei in jure cede-

cederetur, isque illum tamquam suum suum assereret: & jure Quiritium ad instar quodammodo servi vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur Ulpian. *l. 1. de rei vind.* Ceterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum duntaxat adoptionibus necessariæ erant: filiæ autem & ceteri liberi una tantum mancipatione e potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. leg. ult. Cod. hoc tit.* Quæ omnia, procedente tempore per imaginariam mancipationis solemnitatem expediri cœperunt, *§. 6. tit. seq.* Quæ & ipsa postea a Justiniano sublata, constitutumque, ut pater, qui liberos suos in adoptionem dare desiderat, hoc ipsum actis intervenientibus tantummodo apud competentem judicem manifestet præsente eo, qui adoptatur, & non contradicente; nec non eo præsente, qui adoptat, *d. l. ult. & §. antepen. inf. eod.* De mancipationibus solemnibus studiosi antiquitatis consulant *Boet. in Top. Cic.* Revard. *cap. 16. ad leg. 12. Tab.* Brisson *lib. 1. antiq. cap. 7. de legis actionibus, & lib. 4. antiq. cap. 20.* VINN. Recte quidem Vinnius rationem reddidit, cur arrogationes fieri oportuerit auctoritate Principis, quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit: sed cur populus olim jusserit arrogationes, & Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas, paucis addendum. Homo sui juris erat civis; adeoque caput de civitate non poterat eximi, nisi auctore populo. Deinde arrogatus fiebat hæres. Leges vero de hæreditate intestatorum non poterant nisi alia lege mutari, uti acute docuit ὁ πάνυ Bynkershoek *Observ. lib. 2. cap. 2. pag. 113.* Pontifices vero adhibebantur, non ob jusjurandi religionem, uti existimavit Joann. Vinc. Gravina *de lege XII. tab. §. 85. p. 452.* sed quia arrogatus particeps fiebat sacrorum gentilium: quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro domo c. 13.* Omnia hæc non erant necessaria, postquam Imperatores munia legum, Magistratuum, immo & Pontificum ad se traxerant, nullo adversante. HEIN.

T E X T U S.

Qui possunt adoptare filiamfamilias vel non?

2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur, jura patris naturalis minime dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei a nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo, sed avo filii sui materno, vel si ipse pater naturalis fuerit emancipatus, etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno filium suum dederit in adoptionem; in hoc casu quia concurrunt in unam personam & naturalia & adoptionis jura, manet stabile jus patris adoptivi, & naturali vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constrictum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sint.*

C O M M E N T A R I U S.

Olim quavis adoptione jus patris naturalis extinguebatur, isque, qui in adoptionem etiam extraneæ personæ dabatur, in patris adoptivi familiam & potestatem transibat. Ex quo jure cum non levia incommoda consequi Justiniano viderentur, propterea quod fieri poterat, ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem, & patris quoque adoptivi, adoptione per emancipationem soluta, *§. sed ea omnia 14. infr. de hær. quæ ab intest. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, **§. athi 10. inf. d. tit.**) His incommodis sic occurri posse credidit, si jura patris naturalis integra servarentur, quando filius extraneæ personæ in adoptionem daretur: quod & effecit constitutione sua, *d. l. pen.* Extraneam autem personam intelligit omnem, quæ extra lineam parentum sit: unde qui a patruo aut avunculo sunt, perinde haberi debent ac si a quovis extraneo adoptati forent.

Licet ab intestato jura success. (Hoc ei a Justiniano specialiter tribuitur. Ceterum impune a patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto, *d. l. pen. §. si ne, l. d. §. sed ea omnia 13. infer. de hær. quæ ab intest.*

Etiam avo vel proavo simili modo paterno vel materno) Legendum) *Etiam avo paterno, vel proavo simili modo paterno vel materno*; non tam quia ita legitur in *d. l. pen.* unde hæc transumpta sunt, quam quod hanc lectionem flagitat manifesta ratio juris.

Legitimo adoptionis modo constitutum) In *dict. l. pen.* legitur: *Legitimo adoptionis modo constrictum*. Notant hic Interpp. duo vincula fortius ligare, quam unum. Sed aliud significare voluerit Justinianus, nempe, concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis, cessare metum superioris incommodi.

T E X T U S.

De Adrogatione impuberis.

3. *Cum autem impubes per principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur; & exquiritur causa adrogationis, an honesta sit, expediatque pupillo, & cum quibusdam conditionibus adrogatio fit: id est, ut caveat adrogator personæ publicæ (si intra pubertatem pupillus decesserit) restituturum se bona illis, qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi, causa cognita, dignus emancipatione fuerit: & tunc sua bona ei reddat. Sed & si decedens pater eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet præter bona, quæ ad patrem adoptivum transtulit, & quorum commodum ei postea acquisivit.*

N O T Æ.

3. *Causa cognita*) Causæ cognitio olim a Collegio Pontificum, Cic. *pro dom. c. 13.* hodie a Magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. præst.* in adrogatione puberum, etiam curatoris, *l. 8. ff. h. tit.* Quibus in rebus versetur, docet Ulp. *l. 15. §. pen. & ult. l. 17. per tot. eod.*

Personæ publicæ) Manuscripti, testibus Cujac. Hot. Pac. *Personæ publicæ, id est, Tabulario*, Theophil. [illegible]. Tabulario autem non agnatis, quoniam certum est, quis tempore mortis populi proximior futurus sit, eique ab intestato successores. Schol. Theophil. VINN. Addendus hic omnino Franc. Amaya *ad l. 3. C. de tab. scrib. logograph. lib. X.* ubi quid sit *tabulario satisdare* egregie explicat. HEIN.

Dignus

Dignus emancipatione) Et hoc casu quartam, de qua mox, perdit, *l. ult. ff. si quid in fraud. patron.*

Et tunc sua bona) Abusive, ut sæpe alibi, pro *Bona ejus*; impuberis scil. adrogati. Pac.

Quartam partem) Ex constitutione D. Pii, *l. 8. 15. ff. de inoff. test. l. 1. §. 2. ff. de coll. l. ult. si quid in fraud. patron.* Est autem hæc secundum Gloss. & DD. non omnium bonorum adrogatoris quarta, sed debitæ ab intestato portionis, *arg. l. 8. §. de inoff. test.* Quod & Græcos sensisse argumento est, quod quadrantem in trientem mutaverunt ex novo jure, Fabrot.

Relinquere) Recte *Relinquere*, ut intelligamus non prius eam deberi, quam adrogator decesserit, *dict. l. 1. §. 21. de collat.*

COMMENTARIUS,

1. *In adrogatione impuberum quæ cognoscenda & excutienda?*
2. *Quid, cui caveat adrogator: tum ad quos ea res pertineat?*
3. *Utrum quartæ, quæ vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc, num etiam illa aucta censeri debeat?*

IMpuberes antea adrogari non potuerunt, ut supra indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini; auctore Ulpian. *in fragm. tit.* 8. sed non aliter, quam causa apud Magistratum cognita, *leg. si paterfam.* 13. §. 2. *h. t. C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. (1) Primum excutiendum, quæ sint facultates pupilli; quæ ejus qui eum adoptare volet: deinde cujus vitæ sit, & quibus moribus adrogatur: tertio cujus ætatis; an non melius sit, eum de liberis procreandis cogitare, quam ex aliena familia sibi filium accersere: ad hæc num liberos habeat justis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet; postremo etiam conjunctio spectatur, ne facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognatione, vel alioqui sanctissima affectione non appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puerorum adrogationibus: ut illa ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certe olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Cic. **in orat. pro dom. c. 13.** ***Quid***, **inquit**, ***est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit; & cum posset, sit expertum; tum ne qua calumnia, fraus, aut dolus adhibeatur.*** Causa autem nunc cognoscitur a Magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l. 2. Cod. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. Cod. de auct. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii, curatoris auctoritas intercedere debet, *l. 8. eod.*

Ut caveat adrogator personæ publicæ) Hoc proprie servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *leg. non aliter 18. cum seqq. eod.* (2) Caveat autem non ipsis, ad quos ea res perventura est; sive quod incerti sint: sive quod non omnes sunt ii, qui sibi stipulari possint; sed personæ publicæ, hoc est, Tabulario sive Scribæ Curiarum aut Magistratuum municipalium, qui aliis stipulando acquirere potest. Servos olim publicos fuisse, constat *d. l.* 18. ***l. 2. temp. solv. for. l. ult. C. de serv. reip. man.*** Primi Arcadius & Honorius caverunt, ne servi Tabulario præficiantur, *l. 3. C. de tab. lib.* 10. ubi Curiæ. Sed etsi omissa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari responsum est *l. 19. §. 1. hoc tit.*

Ad quos ea res perventura esset) Pars hæc cautionis in *d. l.* 18. ita concepta est, *Ad quos ea res perventura est*, & in *l. 19. seq. Ad quos ea res pertinet*: quibus verbis significantur non hi tantum, qui ad successionem impuberis venturi sunt, quasi futuri hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis a patre pupillo dati: sed etiam legatarii servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. ll.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l. hoc autem* 30. *eod.* adveniente vero pubertate evanescit, perindeque habetur, ac si jam pubes adrogatus esset; quo casu cautio non est necessaria; cum quivis pubes sui adhuc juris ipse testamento facere, cognatosque excludere possit, *l. 5. qui test. fac.*

Dignus emancipatione) Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum, propter quod merito e domo ejici aut exhæredari posset. At quæ causa est, quod nihilominus tam impio filio bona sua restituuntur? Hotomannus existimat, id constitutum esse ad vitandam omnem improbitatis suspicionem, qua alioqui pater adoptivus facile onerari posset.

Decedens exhæredaverit) Intelligerem, sine justa causa: nam si justa exhæredationis causa sit, non ideo, cur præter bona sua aliquid recipere debeat aut plus, quam cum ex justa causa emancipatur. Sed obstare videtur responsum Ulp. *in l. 8. §. si quis 15. de inoff. test.* & objici potest, quod cum justam causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

(3) *Quartam partem*) Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur: eamque Interpretes arbitrantur non esse quartam omnium bonorum adrogatoris, sed tantum portionis ab intestato impuberi debitæ, nimirum eam ipsam ejusdemque quantitatis, quæ debetur aliis liberis, *arg. d. l.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. test.* Et certe nulla ratio potest, quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium: aut emancipati exhæredative, quam ejus qui sine nota in familia mansit; & hæredis, quem videlicet pater vel instituit, vel ab intestato hæredem reliquit datis fideicommissis: cui præter quartam partem debitæ ab intestato portionis nihil deberi in confesso est. Plerique tamen Recentiorum secus sentiunt, propterea quod textus simpliciter loquuntur de quarta bonorum, *leg. ult. si quid in fraud. patron. leg. 2. Cod. hoc tit.* Sed respondere potest; etiam quartam portionis ab intestato debitæ *ἀναλόγως* quartam bonorum dici posse, sicut legitima liberorum, quæ & ipsa quarta pars illius portionis est, quarta bonorum dicitur, *leg. 6. Cod. de inoff. test.* Vel potius quia fere unus tantum adrogari solet, & nemo adrogare, nisi qui liberos non habeat, *leg. 15. in fin. l. nec ei 17. §. pen. hoc tit.* De illo non convenit inter Interpretes, qui quartam hanc faciunt partem portionis ab intestato debitæ, an hæc quarta etiam aucta sit Nov. 18. Negat Mynsing. sed argumentis parum solidis. Ait Quartam eorum dumtaxat *dict. Nov.* auctam dici, quibus antea querelas inofficiosi testamenti competebat, adrogato autem non competiisse, *dict. leg. 8. §. si quis* 15. In quo fallitur Non certe ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam cæteris querela competit. Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei que-

querela [illegible] non sit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d. leg. 8. §. si* [illegible] *15.* Hoc & Græcos [illegible] argumento est, quod illi [illegible], quod Theophilus, aut Paraphrastes, [illegible], ex novo jure mutaverunt in τὸ χείραν. [illegible] Quod adjicit, Mynsing. in correctione [illegible] admittendam esse, quamvis par ratio [illegible], aut etiam major: verum non est præterquam in iis constitutionibus, quæ a ratione juris & æquitatis recedant, qua de re, qui volet, consulat D. Præt. [illegible] *lec.* 79. Itaque verior mihi videtur eorum sententia, qui hanc etiam quartam auctam esse [illegible], ne pupillo noceat, quod in favorem & commodum ejus constitutum est; D. Bachov. post Porc. & [illegible] *hic*. VINN. Quamvis non iniqua sit hæc Bachovii, quam Auctor sequitur, sententia, probabilius tamen est D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse, partim quod semper in legibus quartæ bonorum [illegible] mentio, partim quod ea non petebatur querela inofficiosi, sed actione familiæ erciscundæ. Vid. V. C. Schulting. [illegible] *tit. de adopt.* [illegible]. Quæ cunctanter hic conjicit Vinnius, eos quibus liberi essent, adoptare non potuisse, refellit Reinold. *Var. c. 42. pag.* 305. Et sunt sane exempla, quæ Vinnio possunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit Cl. Perizon. *Animadv. Histor.* 3. *pag.* 125. *sq.* Sed idem tamen recte observat, id non nisi difficulter concessum & non carnisse reprehensione. Ego id numquam fere privatis concessum putavero in impuberes adrogaturis: adeoque vix incidere potuisse quæstionem, quartane omnium bonorum, an portionis legitimæ intelligenda sit in constitutione D. Pii. HEIN.

T E X T U S.

De ætate adoptantis & adoptati.

4. *Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur, & pro monstro est, ut major sit filius, quam pater. Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem aut adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere.*

N O T Æ.

4. *Minorem natu* [illegible] *l.* 15. *§.* [illegible] *seq. l.* 40. *§. ff. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

ADoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l.* [illegible] 23. [illegible] unde [illegible] alia multa, tum hoc quoque provenit, [illegible] majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre. Quæ de causa Clodii adoptionem [illegible] Cic. [illegible] *c.* 13. [illegible], inquit, [illegible] *per ætatem pater esse potuisti*; & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, id est, decem & octo annis. *l. adrogato* [illegible]. Cur autem octodecim anni? Nam si [illegible] post annum decimum quartum contrahi possunt; [illegible] habere ante hanc ætatem. Sed nimirum [illegible] accidit, ut masculi ante annum [illegible] ad plenam pubertatem perveniant, [illegible] minor ætas in adoptione insuper [illegible] *5. de leg.* Mynsingeri ratio nul[illegible]. Id [illegible], quia in adoptionibus, in qui[illegible] opus sit judi[illegible] adoptarent. Nimirum etsi pubertatis initium est annos 14. *in quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno 18. *l. adrogato* 40. §. 1. *hoc tit.* Paul. 3. *sen.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam [illegible]. Theoph. In specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

T E X T U S.

De adoptione in locum nepotis, vel neptis, vel deinceps.

5. *Licet autem & in locum nepotis, vel neptis, pronepotis, vel proneptis, vel deinceps, adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

N O T Æ.

5. *In locum nepotis*] Ex Paulo *l.* 37. *hoc t.* Ulp. *t.* 8. §. 6. *Quamvis filium non habeat*] Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem. Non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

C O M M E N T A R I U S.

QUamvis filium quis non habeat.) *l. adoptare* 37. *l. g. adoptiones* 43. *h. t.* Dixeris, hoc pugnare cum eo, quod ante dictum est, adoptionem imitari naturam: Natura enim fieri non posse, ut quis nepotem habeat, qui filium non habet. At inquam, sufficit habere posse; hoc est ejus me ætatis esse, ut filium ex filio nepotem ea ætate habere potuerim, qua est is, quem filium adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest, quamvis sine uxore pater esse non possit, *l. & qui* 30. *eodem*. Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vide. Vaud. 2. *qu.* 4.

T E X T U S.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

C O M M E N T A R I U S.

QUi filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut bene Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eundem ordinem gradumque, quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

T E X T U S.

De adoptione in locum nepotis.

7. *Sed si quis nepotis loco adoptet, vel quasi ex filio, quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo, quem naturalem in potestate habet: eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse filium consentire.*

N O T Æ.

7. *Si quis nepotis loco*] Ex Paulo *l.* 6. *& l.* 11. *eodem*. *Ne ei invito suus hæres*] Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, *l.* 10. §. 1. *ff. de rit. nupt.*

COM-

COMMENTARIUS.

Filius consentire debet) Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, & tamquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit; de qua mox, *l. adoptione 43. & seq. hoc tit.* Quid ergo, si nepotem adoptem tamquam ex Lucio filio meo natum, isque filius meus auctor non fuerit; an hæc adoptio plane nulla erit; an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Concio 1. *subces. lect. in fin. arg. l. 11. h.t.* Nam cum Jurisconsultus ibi de proposita specie hoc saltem respondeat, me mortuo, non fore nepotem in potestate filii, satis indicat adoptionem quoad cætera valere.

Ne ei invito) *l. 6. eod.* Non videbatur consensus filii exquirendus propter jus potestatis, quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis seu agnatio sui hæredis in id tempus confertur, quo patre mortuo filius jam sui juris & paterfamilias factus est.

Non necesse est filium) Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem, inconsulto filio (tametsi id durum est) alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem?

8. *In pluribus autem causis adsimilatur is, qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est; & ideo si quis per Imperatorem, vel apud Prætorem, vel Præsidem Provinciæ, non extraneum adoptaverit, potest eumdem in adoptionem alii dare.*

NOTÆ.

8. *In adoptionem alii dare*) Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COMMENTARIUS.

In principio ejus tituli dixi, non solum naturales liberos in potestate nostra esse, sed etiam eos, quos adoptavimus: unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari possunt; ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum; ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta, quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus est; is alii rursus in adoptionem dari non potest; cum ex constitutione Justiniani nihil juris in hunc pater adoptivus habeat, *l. pen. Cod. hoc tit. §. 2. sup. eod.* eamque ob causam verba hæc a Triboniano hic addita sunt, *Non extraneum*.

TEXTUS.

Si is, qui generare non potest, adoptet.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

NOTÆ.

Quales sunt spadones) Quia hi, sublato vitio corporis, liberis procreandis operam dare possunt, *d. l. 2. §. 1. l. 40. §. 1. eod.* & ideo uxorem quoque possunt ducere, *l. 39. §. 1. ff. de jur. d. tit.* natura enim magis in homine generandi, & consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, *l. 9. ff. de lib. & potest.* spadones, οἱ φύσει τῶν γονίμων μορίων ἐστερημένοι. *Gloss. jur.* interdum spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. sign.* & ibi Alciat.

Castrati non possunt) Neque enim in testes vim genitalem affundere queunt; neque remedio in his locus. Leo tamen permisit *Novell. 26.*

COMMENTARIUS.

QUI generare non possunt) Id est, qui propter vitium aliquod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt; quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnumquam & castrati continentur, id est, intestes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si serva 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad l. Cor. de sic. l. spadonum 128. de verb. sign.* ubi Alciat. Ceterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur, qui ob impedimentum temporale, & quod tolli queat, generare non possunt. Ita usurpatur a Pomp. *l. 6. §. 2. de ædil. edict.* a Marc. *l. 14. §. ult. de man. vind.* itemque a Cajo, *l. 2. §. h. t.* Glossæ juris: Spadones, οἱ φύσει τῶν γονίμων μορίων ἐστερημένοι. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Novel. 26. & seq.*

TEXTUS.

Si femina adoptet.

10. *Feminæ quoque adrogare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

Adrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod feminæ adrogari non poterant: quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum feminis communio. Adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l. 21. h. t.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant, nec nunc possunt. Ratio redditur a Justiniano: quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret; absurdum esse, ut majorem vim habeat fictio quam rei veritas, adoptio quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit; tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani *§. 2. sup. eod.*

Ex indulgentia Principis) *l. si suspecta 29. quoniam 5. de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantum facit adoptio; si femina jussu principis adoptaverit; item si extraneus a patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri fiunt filiifamilius.

Ad solatium liberorum amissorum). Transcriptum hoc ex *leg. 5. Cod. eod.* & de viduis haud dubie intelligendum: neque enim nuptiis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imperat. Leo & sine hac conditione feminis adoptare permisit etiam virginibus. *Nov. Leon. 27.* quæ in Oriente recepta; Harmenop. *lib. 2. tit. 8. §. 4.*

TEXTUS.

D. liberis adrogatis.

11. *Illud proprium est adoptionis illius, quæ per sacrum oraculum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se arrogandum dederit, non solum ipse potestati arrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate, tanquam nepotes. Sic enim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptaret, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTÆ.

11. *Per sacrum oraculum*] Per Principem; *l. 2. eod.* Per Principis rescriptum, *leg. 6. Cod. eod.* Periphrasis est adrogationis.

Sed etiam liberi ejus] *l. 15. l. 40. eod.* nimirum tanquam sequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l. 3. ff. de cap. minut.* quod in adoptione non similiter contingit, *l. 28. h. tit.*

COMMENTARIUS.

Quod hoc §. proponitur, proprius effectus est adrogationis; nempe non solum eum qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi, sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, *l.* [illegible] *40. eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit. [illegible], qui adoptatur, non etiam liberi [illegible]. Ratio differentiæ in promptu est. Nam in adoptionem dantur filiifam., quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus qui in adoptionem dat: [illegible] etiam in illius potestate remanent, *l. liberum* 28. *eod.* Adrogantur autem patresfamilias, qui cum ipsis liberos [illegible] in potestate habeant; nihil mirum, si secum etiam illos in familiam & potestatem transferant, *l.* [illegible] *§. 2. [illegible] ff.* [illegible]

Quam is Germanicum adoptasset] Dubitaverat Augustus, Germanicum sororis nepotem & cunctis laudatum rei Romanæ imponere, sed precibus uxoris evictus Tiberio Germanicum, sibi Tiberium adscivit, auctor Tacit. 2. [illegible] *cap.* 17. & Suetonius *in Tib. cap.* 52. scribit; Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. in [illegible].

TEXTUS.

De servo adoptato vel filio nominato a Domino.

12. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde & nos eruditi in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverit, liberum esse constituimus, licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficit.*

COMMENTARIUS.

Apud Catonem] Priscian. refert, apud Marcum Catonem [illegible] in Patriæ hoc scriptum [illegible]. [illegible] & Jurisconsulti [illegible] reliquerunt, hinc etiam [illegible] *2. l.* [illegible] *28. de cap.* [illegible] VINN. De Catonis [illegible] ad jus pertinentibus [illegible] Gellius *lib. 5. cap.* 18. Ejus & alias fit mentio in jure nostro *l. 10. §. 1. ff. de Ædil. edict. l. 4. ff. sol. matr.* Grot. *de ver. Jur. lib. 1. c. 5.* HEIN.

Ex hoc ipso liberari] Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos a domino adoptatos, non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est quod Ulp. scribit. Inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum: *l. 8. de accept.* VINN. Immo servum suum auctore Pretore adoptatum, non solum libertatem; verum etiam jura filii consequutum esse, diserte scribit Gell. *l. b. 5. cap.* 19. Unde Justinianus non loqui videtur de adoptione servi, sed de casu, si dominus servum ad acta forte filium vocavit. HEIN.

Nostra constitutione] *l. un. §. 10. Cod. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus] Idest, apud acta, coram Magistratu in jure *l. 1. ff. de appel. l. 3. C. de fid. instr.* D. Hotomanus putat necesse esse, ut dominus servum ad Magistratum deducat, & testato denunciet, se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS DUO DECIMUS.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

D. Lib. 1. Tit. 7. Novell. 81.

Ratio ordinis, & summa Tituli.

Mos hic est perpetuus Jurisconsultorum, ut expositis iis, quæ ad constitutionem alicujus rei valent, subjiciant contraria, sive ea, quæ ad ejus imminutionem, aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hactenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejusmodi autem septem fere hoc titulo proponuntur, mors patris aut avi, deportatio, servitus pœnæ, dignitas Patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De Morte.

Videamus nunc, quibus modis ii, qui alieno juri sunt subjecti, eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi a potestate dominorum, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit; nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est; tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

NOTÆ.

Jus Patriæ potestatis] Abest *Patriæ* a vet. cod. teste Fabrot. & Theophil. simpliciter τῇ ὑπεξουσίᾳ.

Recasuri non sunt] Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, *l. 5. ff. de his qui sui vel.*

vel. alien. jur. sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam ante, aut emancipatus a patre suo, *l. 42. ff. de adopt.* Ulpianus, *tit.* 10. §. 1. Cajus, 1. *instit. tit. 6.*

Per emancipationem exiit.) Hoc Glossema esse ex lib. ver. notant Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

COMMENTARIUS.

MOrtuo eo, *sui juris fiunt*) Cum paterfamil. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt, singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfam. nomen subeunt, etiamsi pupilli sint & infantes, *l. pronunt.* 195. §. 2. *de verb. sign.* quod notandum.

Mortuo patre, sane omnimodo) Mortuo nimirum patre, in cujus potestate filii erant. Nam qui in avi sui, non in patris potestate sunt, mortuo patre non efficiuntur sui juris, sed in potestate avi sui remanent: adeoque quasi agnascendo avo suo fiant sui hæredes. §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *in injust. rupt. test.*

In potestatem patris sui recasuri non sunt.) Nepotes ex filio, mortuo avo, recidere solent in potestatem filii, hoc est patris sui, *l. 5. de his qui sui vel al. jur.* Sed hoc non est perpetuum. Nam si quo tempore avus moritur, & pater eorum aut jam mortuus sit, aut per emancipationem exierit de potestate patris sui; nepotes in potestatem patris sui non recidunt, sed sui juris fiunt. Quin etiam sufficit semel exiisse. Finge filium, quem pater adoptaverat, in potestatem patris sui revertisse, puta a patre adoptatum esse; nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, *l. si pater* 41. *de adopt.* Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii, post mortem avorum, in eorum potestatem revertuntur. *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

De Deportatione.

1. *Cum autem is qui ob aliquod maleficium in Insulam deportatur, civitatem amittit; sequitur, ut qui eo modo ex numero Civium Romanorum tollitur; perinde quasi eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione: & si is qui in potestate parentis sit, in Insulam deportatus fuerit, desinit esse in potestate parentis. Sed si ex indulgentia Principis restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.*

NOTÆ.

1. *In Insulam deportatur*) Deportatio in Insulam, in locum aquæ & ignis interdictionis successit, *l. 2. §. 1. ff. de pœn. l. 3. ff. ad l. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn.* Briss. *lib. 3. sel. antiq. c. 5.* VINN. Proprie dici non potest, deportationem successisse in locum interdictionis aquæ & ignis, sed eidem superadditam esse, quamvis priore loquutione utantur veteres locis a Vinnio allegatis. Nam & deportatis aqua & igni esse interdictum patet ex Tacito, *Annal. lib. 6. c. 30. l. 1. §. 2. ff. de legat.* 3. Rem accurate explicavit V. C. Schulting. ad Cajum, *lib. 1. tit. 6. §. 1. p. 47. seqq.* HEIN.

Civitatem amittit) Unde deportati dicuntur peregrini, *l. 6. §. 1. ff. de hær. instit. l. 1. C. eod.* & ἀπόλιδες, *l. 1. §. 3. de legat. 3. l. 17. ff. de pœn.*

COMMENTARIUS.

IN *Insulam deportati*) etiam deportatione patria potestas solvitur; nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *sup. de patr. potest.* fieri non potest, ut qui civis Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 3. *inf. de cap. dim.* ubi plura dicemus.

Perinde quasi eo mortuo.) Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis diminutione, *l. verum* 63. §. *ult. pro soc. l. 1. §. filium* 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructionem: quæ constabit, si cum D. Hotom. legamus: *Ut eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo,* & transposito videlicet posteriore eo. VINN. Posset etiam una adjecta littera pro *qui* rescribi *quo*. Ita enim & Theophilus legisse videtur, HEIN.

Pari ratione) Nihil hic interest, filius deportatus sit, an pater; neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest, quam peregrinus civem Romanum. Ulp. *tit.* 10. §. 2. Theoph. *hic*.

Ex indulgentia Principis restituti) Nempe plenissime & in integrum, *l. 1. Cod. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit, editumque in patriam concedit, add. *l. 2. §. 9. Cod. d. tit.* D. Tul. *Cod. ibid.* Christ. *vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTUS.

De Relegatione.

2. *Relegati autem patres in Insulam, in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati cives esse desinant, relegati non item?*
2. *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus Provincia interdictum est, & damnati ad triremes.*

(1) RElegati, sive in Insulam, sive simpliciter certis provinciis interdicti, omnia sua jura retinent, nec refert, in perpetuum an ad tempus relegentur, *l. 4. l. 7. §. 3. de interd. & rel.* Sed & bona sua omnia retinent, nisi parte bonorum nominatim adempta in perpetuum relegentur, *d. l. 4. d. l. 7. §. ad tempus* 4. Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio mulctati, jubebantur compedibus vincti & navigio impositi a servis publicis constitutam in solitudinem avehi: quæ condemnatio eos manifeste ad peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας facit, *sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præstituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari, *illum provincia illa insulisque relego: excedereque debebit intra illum diem, dict. leg. 7. §. his qui* 17. *de int. & rel.* Quæ sententia existimationem quidem civis minuit, sed non consumit aut caput eximit de civitate, *leg. 5. §. 2. de extr. cogn.* Nomen exilii commune est, exulesque non deportati solum, sed relegati atque interdicti appellantur, *leg. 4. leg. 5. de interd. & rel. leg. 4. de pœn. leg. tutor* 28. §. 2. & *l. seq. de excus.* quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi; unde

unde exules dici, auctores sunt Festus, Nonius & Quint. declam. 330. Plerumque tamen & quasi proprie exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium proprie non sit, cum jus civitatis retineatur, *l. 2. de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, *l. 2. & 5. de Trist.* Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant, eos, quorum bona apud nos publicantur, adjuncta provinciæ interdictione perpetua, numero deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. 2 Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes. Christ. *vol. 5. dec. 52. in fin.* Gudel. *5. de jur. noviss. c. 15.*

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3. *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiciuntur.*

COMMENTARIUS.

SI is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere desinit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutem enim vel maxime mortalitati Veteres comparabant, *l. quod attinet 32. l. servitutem 209. de reg. jur.*

Pœnæ servus) Pœnæ servus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo pœnam, cui addictus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed pœnæ. Marcian. respondit, *leg. sunt quidam 17. de pœn.* Cæterum non solum servitute pœnæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur; puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit, aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, *§. 1. inst. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur, hoc pertineat, facit jus postliminii, & lex Cornelia testamentaria, *§. si ab hostibus 5. inst. hoc tit.*

Qui in metallum damnantur) In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum, cujus varia sunt genera, damnantur: quamquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, *leg. 8. §. 4. & 6. de pœn.* Diversa pœna fuit eorum, qui in opus publicum damnari dicuntur, *leg.* [illegible] 17. Hi enim civitatem duntaxat amittebant libertate salva, *l. 17. §. 1. d. tit.* quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

Qui bestiis subjiciuntur) Hi sunt, qui passim ad bestias damnari & ad bestias dati dicuntur. Dio *l. 58.* [illegible] appellat, & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris consumuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur, sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi pœnæ fiunt; quales sunt, qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, *d. l. 8. §. 11. de pœn. l. un. C. Theod. ad l. Fab.* de quo vid. [illegible] Cujac. 13. *obs.* 10. Fab. 2. *semest.* 11. [illegible], qui ultimo supplicio damnantur, [illegible] servi pœnæ fieri existimo: hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant; *arg. leg. 12. l. qui ult. 20. de pœn. l. 6. §. sed etsi 6. de injust. rupt. test.* Jure novissimo servitus pœnæ sublata est. *Nov. 22. cap. 8. auth. sed hodie, C. de don. int. vir. & uxor.* Cujus rei effecta ibidem notant DD. VINN. Recte Vinnius existimat, omnes ultimo supplicio damnatos, factos esse servos pœnæ. Quum enim civis extremo supplicio affici non posset, per legem Porciam, Lib. *lib. 10. cap. 9.* fingendum erat, eum, qui hujusmodi delictum commiserit, quod sanguine videretur expiandum, non esse civem, sed servum pœnæ. Et hæc observatio viri eximii Ger. Nood. *Probab. lib. 3. cap. 12.* HEIN.

TEXTUS.

De dignitate.

4. *Filiusfamilias si militaverit, vel si Senator, vel Consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis præstitis filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: Imperatoriam autem celsitudinem non valere, eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?*

NOTÆ.

4. *Si militaverit*) *l. 35. de rit. nupt. l. 5. & 6. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot.*

Senator) *l. 18. in fin. ff. de judic. l. ult. de hær. pet.* Quint. *declam.* 286.

Consularis dignitas) *lib. 1. §. ult. de sen. Mac.* Dionys. Halic. *lib. 2. pag. 96.* sed hodie liberat, *Nov.* 81. ubi & aliæ dignitates excipiuntur, *in pr. cap. 1. & 3.*

Summa patriciatus dignitas) Summa non quidem gradu, nam Consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro, & Conr. Extat constitutio in *l. ult. C. de consul. l. 12. add. l. 3. C. eodem.*

Codicillis præstitis) Vide Synes. *epist.* 127.

COMMENTARIUS.

1. Patritii sub Impp. Constantinopolitanis qui dicti?

S*I militaverit*) Milites multis privilegiis & prærogativis a Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis jure sacramenti eos solvi noluerunt, *leg. 3. Cod. de castr. pec. l. 7. Cod. de patr. pot.* Observandum obiter, militiam speciem quamdam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia fere officia etiam civilia, militiæ postmodum dictæ sint.

Vel si Senator, vel Consul) Non obstat huic loco, quod dicitur *in leg. antepen. de his, qui sui vel al. jur.* in publicis causis filiumfamilias haberi, veluti ut Magistratum gerat, &c. Hoc enim non significat, filium Consulatu aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstare, quominus Consul puta, aut Prætor creetur, omniaque munia Magistratus sui obeat etiam repugnante patre, atque adeo etiam adversus patrem, *leg. 13. in fin. & leg. seq. ad Sen. Treb.* Nonnihil huc faciunt quæ scribit Gell. 2. *noct. Attic.* 2.

Ex nostra constitutione) *l. ult. C. de consul. lib. 12.* Non tamen a Justiniano hoc primum constitutum videri potest, cum & apud Cassiodorum, qui ante Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, *in form. Patriciatus*

tus, lib. 6. Var. cap. 3. hoc scriptum sit: *Leges*, inquit, *tantam Patriciis dignitatem detulerunt, ut in sacris positus, ut hoc fuerit honore præcinctus, paternæ potestatis nexibus exuatur*. Quod autem Justinianus in *d. const.* Patriciatui tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes quæ a Curia liberant, nominatimque idem jus concessit Consulatui, Præfecturæ prætorianæ, Præfecturæ urbicæ, Præturæ, Magisterio militum, & denique Episcopatui. *Nov.* 81. *in pr. c.* 1. *&* 3. VINN. Dum negat Auctor, Justinianum id privilegium patriciis primum tribuisse, Bachovium, ut solet, sequitur. Sed ejus argumentum parum stringit. Cassiodorus enim non solum sub Theodorico, sed & sub Athalarico, immo & Theodahado & Vitige vixit, & negotia publica tractavit, adeoque Justiniani constitutionem, anno circ. 530. scriptam, videre potuit, præclare id demonstravit V. C. Reinoldus *var. cap.* 19. HEIN.

Summa Patriciatus dignitas) Stante Rep. Patricii dicebantur, qui eorum Senatorum progenies erant, quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque Senatoriæ familiæ liberi ætate Livii Patricii appellabantur. Verum longe aliter patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio, cœpere Principes ex Senatoribus, qui curulibus Magistratibus functi erant, sibi consiliarios, & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

Codicillis præstitis) Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata, sive litteras principales, quibus honores mandantur; ut apud Sueton. *in Claud. cap.* 29. *& in l. administrantes* 41. *pr. de excus. tut. leg.* 12. *C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit) Patricii Impp. Constantinopolitanis parentum loco erant, quæ parentis appellatio Claudiano lepidi joci materiam tribuit. Is enim in Eutropium Patricium, cujus bona publicata, & in fiscum coacta erant, sic ludit, *lib.* 2. *in Eutrop. v.* 49.

Direptas quid plangis opes, quas natus habebit?
Non aliter poterat Princip is esse pater.

Quorum versuum hic sensus est. Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum, bonorumque suorum publicationem ferre debere; cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* quia hic Eutropius in Insulam Cyprum, quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

T E X T U S.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi, qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt: idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate; quia postliminium fingit, eum qui captus est, in civitate semper fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, nepos ve, si ab hostibus captus fuerit; similiter dicimus propter jus postliminii jus quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum autem est postliminium a limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte diximus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt; sic & Imperii finem esse limen Veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est, quia ad idem limen revertebatur quod amiserat, & qui captus, victis hostibus, recuperatur, postliminio redisse existimatur.*

N O T Æ.

5. *Pendet jus liberorum*) In pendenti, in incerto est, *l. ult. ff. de sent. Mac. l.* 12. *§.* 1. *de c. & postl.* Non igitur tam in captivitate patria potestas amissa restituitur, quam liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse. Ulp. *tit.* 10. *§. pen.* Boet. *in top. Cic.*

In civitate semper fuisse) Alia effecta vid. *in l.* 1. *§. ult. ff. de sen. Mac. l.* 6. *§. ult. ff. de tutel. l.* 22. *§.* 1. *de capt. & postl. l.* 13. *eod.*

Ipse quoque filius) *l.* 9. *l.* 12. *C. de postl. rev.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quando quis postliminio reversus intelligatur? tum quibus in locis postliminium fit?*
2. *Quæ res postliminio recipiantur, aut redeant?*
3. *Jus patris ab hostibus capti non extingui, sed in suspenso esse.*
4. *De origine juris postliminii.*

Quamvis servus hostium fiat) Constat, eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani, quicumque ex suis capti essent, servorum numero apud se haberi non debere censuerunt; nihil eorum cum effectu amittere, quæ alias per servitutem amitti solent. (1) Cumque fieri posset, ut capti ad suos reverterentur; fieri item, ut apud hostes decederent; in utrumque eventum captis prospexerunt: in illum fictione juris postliminii; in hunc fictione legis Corneliæ.

(2) *Qui si reversi fuerint*) Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *legit.* §. 1. *de capt.* Paulus, cum in fines nostros intraverit, *l. postlim.* 19. *§.* 3. *eodem.* Sed ex paritate rationis consensus gentium nec eo perduxit, ut postliminium locum haberet, etiamsi quis homo aut res, cui postliminium esse placuerat, pervenisset ad amicos nostros; ut loquitur *d. loco* Pompon. aut, ut Paulus exempli causa explicat, ad Regem socium vel amicum. Quibus in locis amici, aut socii intelligendi sunt non simpliciter, quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur: ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt; quia de re pluscula D. Grot. 3. *de iure beli. & pac.* 9. *n.* 2.

(3) *Omnia pristina jura*) Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Recte autem jura, *l.* 9. *§.* 1. *in bello* 12. *§.* 1. *de capt. & postl. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur; qualis est verbi causa possessio: quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique* 19. *ex quib. caus. maj.* *l. cum hæredes* 23. *§.* 1. *de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *l.* 6. *d. l. in bello* 12. *§. cætera*, 6. *de cap.* Neque homines solum, sed etiam agri, *leg. si captivus* 20. *§. eodem*, adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l.* 6. *de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l. cum loca* 36. *de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exce-

pæ tamen naves longæ atque onerariæ; muli clitellarii; equi & equæ frænum patientes, Cic. *in Top.* Gall. Æl. apud Fest. Marcell. *l. 2. princ. ff. de capt.* Quamquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem, vid. Grot. *d. cap. 9. n. 13. & seqq.* Div. Tulden. *comment. ad tit. de capt. lib. 1. c. 50.*

In civitate semper fuisse) Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti eo reverso, iterum in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Mynf. quam pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l. in bello 12. §. 1. l. retro 16. l. bona 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tut.* Nec alioqui recte diceretur, statum liberorum pendere aut in incerto esse; ut hic & *d. l. in bello 12.* & *l. bona 22.* nec acta a filio esse in pendenti, *l. 1. §. 1. de SC. Marc.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum postliminio restitui; acta a filio tantisper rata esse: at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quod, quæ filius medio tempore quæsivit, pater reversus tamquam sibi quæsita occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, *l. pen. de suis & leg. hær.* inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, a quo filius, dum pater apud hostes est, mutuam pecuniam accepit, quasi contra SC. credita sit, *l. 1. §. 1. de SC. Maced.* Denique hinc est, quod Ulp. respondit; Non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui recte utique daretur, si filii interim pro iis, qui sui juris sunt, haberentur. Deportati & restituti patris alia ratio, *l. ult. §. 1. C. de sent. pass.*

Exinde ex quo captus est) Hæc fictio est legis Corneliæ, *l. 12. qui testam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. in omnibus 18. de capt.*

Ipse quoque filius) Quapropter si verbi gratia in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur; medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, *l. 9. C. de postl. rev.*

Dictum a limine & post) De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbum a *post*, quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil spectandum præter præpositionem *post*, reliquum productionis esse causam, *liminium*. Sed recte Scævola, cui & Festus assentitur. Nam limen & limes exitu tantum & flexionis modo differunt; origine autem veniunt enim ab antiqua voce *limus*, quæ transversum significat, & primitiva notione idem sunt, sicut materia & materies, contagio, & contagies, &c. quamquam usu posteriore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sic Veteres *eliminare* dixerunt e finibus ejicere, & exilium nominabant *eliminium*. Grot. *d. cap. 9. in pr.* Jul. Scal. *annot.* in Fest.

Ab hostibus recuperatur) Ad jus postliminii nihil interest, quomodo captivus revertatur; utrum dimissus, an vi fallacia aut virtute postea hostibus, sive ut Homerus *Odyss.* ... *n* ... *ni* ... *ni* ... ; ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, *l. nihil interest 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum, responsum est, non esse postliminio reversum, quia juraverat, Carthaginem se reversurum, *l. 5. §. 3. d. tit. d. ...* VINN. Immo & redemptos hoc jus pertinet, dummodo ei qui redemit, lytrum redditum, *l. 12. §. 7. l. 15. & l. 20. ff. de Captiv.* HEINN.

T E X T U S.

De emancipatione; item de modis & effectibus ejusdem.

6. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per imaginarias venditiones & intercedentes manumissiones celebratur, vel ex imperiali rescripto. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformavit: ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes Judices, vel Magistratus parentes intrent, & filios suos, vel filias, vel nepotes, vel neptes, ac deinceps a sua manu dimittant. Et tunc ex edicto Prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem jura præstantur parenti, quæ tribuuntur patrono in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel cæteri; ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

N O T Æ.

6. *Emancipatione*) Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi e manu patris apud competentem judicem dimittuntur.

Judices vel Magistratus) ἐξηγητικῶς, ne quis putet, judices hic intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Justiniani in *l. ult. C. de emanc. lib.*

A Parente manumissus) Id est, emancipatus, *tit. si a par. qui man.* redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. ff. de cap. min.*

Quæ tribuuntur patrono) Emancipatus a parente liberti exitum patitur, *l. 1. l. si a par. quis man.* pura in contra tabulas bonorum possessione, *d. leg. 1.* & successione legitima: *§. ult. inf. de leg. agn. succ.* sed hoc mutatum *Nov. 118. cap. 2.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2. *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

Alius modus solvendæ patriæ potestatis hoc §. proponitur; nempe emancipatio: eaque dicitur olim celebrata fuisse per imaginarias venditiones, & intercedentes manumissiones. (1) Hoc autem ut penitus intelligatur, sciendum est lege Romuli cautum fuisse, atque a Decemviris postea in quartam tabulam relatum, ut si pater filium ter, filiam autem & cæteros liberos semel mancipasset, hoc est, vendidisset, manumissi postea ab emptore sui juris efficerentur: ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationes imaginem atque usurpationem vetustatis postea institutum, ut pater, simulato, & dicis causa, accepto uno nummo, filium ter, cæteros liberos semel apud Magistratum venderet, contracta cum emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret: filium ter, cæteros semel, atque ita liberi juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando; itemque de cæteris liberis sibi remancipandis, quo

ipse

ipse potius eos manumitteret, & jura patroni consequeretur, quam extraneus manumissor sive emptor ille imaginarius. Atque hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, *§. ult. inf. de leg. agn. success.* Hæc ex Dion. Halic *l. 6. 2.* Boet. *in Top. Cic.* Cajo *l. 1. t. 6.* Ulpian. *t. 10. l. ult. & pen. Cod. de emanc. lib.* VINN. Ordinem aliquantulum turbasse videtur Vinnius. Pater filium primo vendebat, & mancipabat per æs & libram. Emptor eumdem manumittebat. Cum vero Manumissus ex lege Romuli in patriam potestatem recideret, pater eum iterum vendebat, emptor iterum manumittebat. Cum & ita recideret in potestatem patris, hic eum tertium mancipabat, addito contractu fiduciæ, ut Emptor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tamquam manumissor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *antiq. nost. Rom. h. t.* HEIN.

Ex imperiali rescripto) Hic modus emancipandi ab Imperatore Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore imperata, ejusque rescripto apud Magistratum exhibito, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret: *l. pen. C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit) Nimirum quod Anastasius de precibus super emancipatione Principi offerendis ejusque rescripto prius impetrando constituerat; ut jam ex constitutione Justiniani emancipatio etiam fiat sola professione patris apud competentem judicem denuntiantis, se filium suo juri permittere. Extat constitutio *l. ult. C. de emanc. lib.*

Ad competentes Judices vel Magistratus) Explicative. Nam & Magistratus, qui tribunali aut jurisdictioni præsunt, Judices appellantur, *l. 1. Judic. t. de reb. auct. jud. poss.* & passim in constitutionibus posteriorum Imperatorum. Quod moneo, ne quis putet Judices hic intelligi pedaneos, sive qui a magistratibus causis privatis cognoscendis & judicandis dabantur. apud quos lege agi non potuisse, plusquam manifestum est. Sed nec apud eum, cui mandata est jurisdictio, legis actionem fuisse; Marcian. & Ulp. testantur *l. 2. §. 1. l. seqq. de offi. proconf.* de quo plura ad *§. 8. ibs. eod.*

A sua manu dimittant) Manumitti non tantum servi a domino, sed etiam filii & filiæfamilias a patre dicuntur, pro emancipari, *l. si a pat. quis man.* propterea quod jure antiquo in patris sui manu mancipioque erant, & vendici ac mancipati in servilem causam redigebantur, licèt postea in imaginariam dumtaxat, *l. 3. §. 1. c. min.* Hinc emancipatus a parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni personam sustinere, *l. 1. d. t. si a par. quis mand.*

Ex edicto prætoris eadem jura) Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur, si testamento facto ab emancipato præteritus sit, *d. t. si a par. quis man.* Sed & jus legitimæ successionis huic patri a Justiniano datum est, perinde quasi contracta fiducia eum emancipasset: hoc est, ex lege fiduciæ sibi remancipatum manumisisset, *§. ult. inf. de l. agn. succ.* Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, *infra de succ. libert.* Non tamen usque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, *l. 1. §. liber. 5. si a par. quis man.* aut etiam actio Calvisiana parenti detur, *l. 2. eod. t.* aut denique ut recte stipuletur a filio operas, *l. 4. eod.* Jure authentico plenissime de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni quoad emolumentum successionis uti desit, *Nov. 115. c. 4.*

Tutelam ejus nanciscitur) Consequens erat eum onus tutelæ subire, qui speraret successionem, *l. 1. de leg. tut.* Agitur de hac tutela *infr. t. 18.*

T E X T U S.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7. *Admonendi autem sumus, liberum arbitrium esse ei, qui filium, & ex eo nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere: & e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumittere: vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelligantur.*

N O T Æ.

5. *Nepotem manumittere*) Notandum est, in filiofamilias idem esse manumittere, ac ex potestate dimittere, sui juris efficere, emancipare.

COMMENTARIUS.

Totus hic locus descriptus est ex Cajo *l. liberorum 28. de adopt.* Illud hic quæritur, an ejus quoque, qui a parente manumittitur, voluntas spectanda sit: an vero etiam invitus emancipari possit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur, qui patri in adoptionem datur, *§. seq. l. neque absens 24. de adopt. l. 5. C. eod.* nimirum necesse non esse, ut expresse consentiant. Cæterum non oportere eum dissentire, aut contradicere *arg. leg. pen. in fin. C. de emanc. l. Nov. 89. 11.* Paulus quoque *l. 2. sent. 25. in fin.* scribit. Invitum filiumf. non emancipari. An autem & quando qui tacet consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. & Aug. & Moys. ad hunc locum.

T E X T U S.

De adoptione.

8. *Sed & si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali secundum nostras constitutiones super his habitas in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem Judicem manifestaverit; præsente eo qui adoptatur, & non contradicente, necnon eo præsente qui adoptat; solvitur quidem jus potestatis patris naturalis: transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam, antea diximus.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse: eamque naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuisse.*
2. *Actus voluntariæ Jurisdictionis expediri non posse apud eum, cui jurisdictio mandata est.*

Avo *vel proavo naturali*) Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, *l. sen. C. de adopt. §. 2. sup. eod.* ubi dictum est.

Apud competentem judicem) Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio est: sed apud ipsum Ma-

Magistratum, & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. hujus t. 6.

*Et non contra) Hoc etiam paulo ante tetigi; Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt. fac. l. ff. eod.*

Nec non eo præsente, qui adoptat) Absens adoptare non potest, *l. [illegible] 25. §. 1. de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere dennit: Neminem alieno nomine lege agere posse, *l. nemo 123. de reg. jur.* Quod olim quidem commune fuisse verisimile est omnium legis actionum, etiam earum, quibus cives inter se disceptabant, & quæ pertinebant ad contentiosam jurisdictionem, *arg. pr. t. de iis per quos ag. poss. inst. l. 4.* sed postea propriam tantum quorumdam esse cœpisse, & maxime eorum actuum, qui, quod inter volentes expediantur, dicantur esse voluntariæ jurisdictionis; cujusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt, *l. 3. C. de emanc. lib. l. neque 24. & seq. §. 1. de adopt.* etiam adoptio nova Justinianei, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona Magistratus. Existimo enim, nec hujusmodi actus Magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, contra quam DD. vulgo sentiunt, *arg. l. 1. Cod. de adopt. l. 2. §. 1. l. 3. de off. proc.* Ex quibus locis discimus, ea, quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena legis actio est: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cujac. 1. *obs.* 1. & 15. *obs.* 10. negationem inserit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt *Cæsaris* suspicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæs.* VINN. Posterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinomiam inter *l. 17. §. 1. ff. de man. vind.* & *l. 2.* & *3. ff. de off. proconf.* agnosco, inde forsan ortam, quod Tribonianus de legatis Cæsarum pro consule dixerat. Facilis enim lapsus fuit in vocabulis, *legatus proconsulis* & *legatus pro consule*. Ille mandata jurisdictione gaudebat, hic, tamquam præses provinciæ, propria, adeoque & legis actio apud illum erat, *l. 2. & l. 17. ff. de off. præs.* HEIN.

Transit autem in parentem adoptivum) Per adoptionem igitur non efficitur filiusfamilias sui juris, sed vel in alienam familiam transit, vel remanet in potestate patris naturalis.

T E X T U S.

De Nepote nato post filium mancipatum.

9. *Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris, vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur, in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit; patris sui emancipati, vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

C O M M E N T A R I U S.

NEpos non ex nativitatis, sed ex conceptionis tempore [illegible], quia ex eo tempore jure in rerum natura esse creditur, *leg. 7. leg. 26. de stat. hom.* [illegible] qui conceptus est prius, quam pater Senatu moveretur, Senatoris filius intelligitur, *l. 7. §. 1. de senat.* Et responsum est conditionem, *Si sine liberis*, defecisse; si ante deportationem patris liberi concepti sint, licet postea edantur, *l. ex facto 17. §. ex facto 5. ad Sen. Treb.*

T E X T U S.

An Parentes cogi possint, liberos suos de potestate dimittere?

10. *Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes, de potestate sua eos dimittere.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quibus modis more harum regionum parentum potestas solvitur?*

QUemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel al. jur. Nov. 80. c. 11.* ita nec vice versa a liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos a potestate sua dimittant, *l. non potest 31. de adopt. l. nec avus, 4. C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest.

Pene) Ait, *pene*, propterea quod aliquando audiuntur, qui emancipari desiderant, ut impubes, qui adoptatus est, pubes factus, *l. nonnumquam 32. de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti si a patre ad turpitudinem adigantur, *l. si leones 12. Cod. de episc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l. ult. si a par. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l. si cui 92. de condit. & demonst.* Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov. 12. c. 2.*

Apud nos & in cætero Belgio singularis ille Romanorum in liberos potestas incognita est, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod Parentes in liberos habent, propriis quibusdam modis solvitur; manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primum enim moribus nostris exeunt liberi de potestate parentum, non tantum emancipatione illa expressa sive Justinianæa, cum apud Magistratum de manu dimittuntur; sed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium seorsum habitare, & mercaturam, aut opificium aliquod exercere; at hac ratione liberi potestate patria soluti hoc consequuntur, ut & bona sua ipsi administrare & in judicio consistere possint. Christ. *d. vol. 4. dec. 187. n. 11.* Grot. 1. *manud. 61.* Apud Frisios tamen hic modus receptus non est, Div. Joann. a Sande *lib. 2. t. 7. defin. 6.* Secundo nuptiis quoque sive matrimonio liberorum patris potestas solvitur: unde apud nos nulli liberorum sunt in potestate avi. Gudel. *lib. 1. de jur. nov. c. 13.* Christ. in *d. vol. dec. 185. n. 7.* Grot. *d. loc.* quod secus fuisse jure Rom. ostendimus ad *§. ult. sup. de patr. potest.* Tertio desinunt liberi in potestate esse patris, si ei ut prodigo, curatore dato, bonis interdictum sit, Grot. *d. l.* quod & ipsum jure Rom. incognitum est. Postremo si quid liberis obvenerit, puta ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura, atque administratio patri competit, sed haud secus ac tutori, aut curatori, ideoque hoc jus etiam solvitur, ubi liberi ad eam ætatem pervenerint, qua curatio finiri solet; nempe anno ætatis eorum

rum vigesimo quinto. Gudel. *dict. cap.* 13. *in fin.* Tulden. *com. hic. cap.* 2. Christin *d. decis.* 186. *n.* 9. *add.* Guid. Pap. *qu.* 54. Boer. *ad consuet. Bitur. de jure perf.* per. Gregg. 11. *syntagm. cap.* 10. Groenev. *de legib. abrog. ad hunc titulo* VINN. Quæ de Frisia ex Sandio adspersit Vinnius cum iis jungenda, qua tradit Huber. *Prœl. ad tit. Inst. & ff. de emancip.* HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

D E T U T E L I S.

D. Tit. 1. *Lib.* 26. *& Novell.* 62.

Ratio Ordinis.

HUcusque dictum est de iis, qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest, ut ad eos nos conferamus, qui sui juris sunt; quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

T E X T U S.

De Personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem personarum. Nam ex his personis, quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt, vel in curatione; quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his, qui in tutela vel curatione sunt. Ita enim intelligimus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tutela sunt.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAM ex his personis) Eorum, qui sui juris sunt, quidam sunt in tutela; alii in curatione; cæteri neutro jure tenentur: quæ posterioris partis illius, quam dixi, divisionis subdivisio est. In hac autem parte primo exponitur, quid sit tutela; deinde species ejus singulæ ordine explicantur; tam de vi atque effectu tutelæ sine auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremo tractatur de satisdationibus, excusationibus, & suspicionibus, quæ utrisque muneris communia sunt.

In potestate non sunt) Patria scil. vel dominica: in qua qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui & tutela species quædam est potestatis, (quod verbum & alia plura significat, *l. potest.* 215. *de verb. sign.*) sed quæ ad statum & caput ejus, qui in tutela est, non pertinet, nec ad commodum tutoris comparata est, sicut patria & dominica ad patris & domini. Pupillus enim non in manu aut familia tutoris est; nec illi acquirit, sed sibi; ut loquitur Spartian. *in Aureliano*.

T E X T U S.

Tutulæ definitio.

1. *Est autem tutela (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa.*

N O T Æ.

1. *Vis ac potestas*) Ita & §. *seq.* & Servius *l.* 1. *h. t.* Hæc duo quoque junguntur, §. 3. *infr. de interd. l.* 17. *de legib. l. C. de eod.* Cicer. 1. *de nat. Deor.* Gloss. Basil. δύναμις, ἐξουσία Theoph. δύναμις, ἐξουσία. *Jus & potestas* significatur autem verbis istis facultas & jus pro auctoritate quid faciendi.

In capite libero) Ἀρχαϊκῶς pro *in caput liberum*, ut in tab. *in eo pecuniaque ejus potestas esto*; item in formula abrogationis Gell. 5. 19. & Cic. *pro dom.* Caput autem liberum pro pupillo, & persona, quæ sui juris est, *d. c.* 9.

Per ætatem) In Florent. est *Propter ætatem*, *leg.* 1. *eod. Propter ætatis infirmitatem*. Ulp. tit. 11.

C O M M E N T A R I U S.

VIs ac potestas) Ita & in *l.* 1. *pr. ff. eod.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur; ut in *l. scire* 17. *scire* 17. *de leg.* §. *adipiscendæ* 3. *inf. de interd.* & significant δύναμιν, ἐξουσίαν, sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive. tum in persona pupilli, tum in rerum pupillarium administratione, ὁμωνυμία in verbo potestatis jam notata est.

In capite libero) Objectum tutelæ, & est vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo 12. tabularum. *Si furiosus existat agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula abrogationis apud Agell. 5. *c.* 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas fiet.* Caput autem liberum pro homine libero Veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib. c.* 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc caput liberum facere apud Plaut. *Mercat. act.* 7. *sc.* 2. *v.* 41. *seq.* pro manumittere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc verbo intelligebant: quo modo Agellius *dict. loco* pupillum caput liberum appellat, id est, sui juris. Alii hæc verba ad tutorem referunt, quod etiam per me licet.

Ad tuendum eum) Hæc verba finem tutelæ indicant, & simul officium tutoris: nam ut tutela pupillorum gratia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota referenda. Distinguunt itidem tutelam a patria potestate, quæ magis ipsius patris causa comparata est, sicut & dominica domini, cujusque vis non minus in coercendo, quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea tutorem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ, in quo differt a curatore, §. 4. *seq. tit.* junct. §. 2. *inf. de curat.*

Qui per ætatem se ipse defendere) His verbis distinguitur tutela a curatione: quippe quæ comparata est eorum omnium causa, qui rebus suis ipsis superesse non possunt, licet propter aliam causam, quam ætatem; ut sunt furiosi, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. est, *propter ætatem*. Theoph. διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Jure civili) Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temere, & pro arbitrio a quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani pertinere: nam tutela, licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, potestas, testamenta, & cætera id genus.

Data ei permissa) Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediate sine facto testatoris aut Magistratus a lege ad tutelam vocantur, *l.* 5. *in pr. & l.* 6. *de l. tut.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut a Magi-

Magistratu, illa lege 12. tabul. *l. 1. test. tut.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tamquam a causa efficiente, partim proxima, partim remota. VINN. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed cum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes, sed ad feminas etiam omnes, quæ in manu non convenerant, pertinebat: procul dubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuisse (potestas in femina; vis & potestas simul in pupillo,) *in cap. libero*, (pupillo vel femina) *ad tuendum eum eamve, qui queve per ætatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit*, *jure civili* (vel expresse *data* uti tutela pupillari;) *vel permissa* & tacite moribus invecta, uti tutela feminarum. Rem alibi demonstrabo. Jam id addo & Constant. Harmenopulum *l. 5. cap. 11. §. 1.* ea quæ omissa a Triboniano suspicamur, restituisse dum ait: *ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς, ἢ διὰ τὸ τῆς πραγματείας ἀθέτως ἐπιτεταγμένην. Aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ imperitiam.* Quis Harmenopulum ea in re auctores suos sequutum esse dubitet?

TEXTUS.

Definitio & Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut Æditui dicuntur, qui ædes tuentur.*

COMMENTARIUS.

Qui eam vim ac potestatem) Si tutela est potestas ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, recte tutor dicitur, argumento a conjugatis.

Tutores sive tuitores) Ἐτυμολογία sive notatio verbi tutoris, *l. 1. §. 1. eod.* Tutela quoque idem erat Veteribus quod tuitio; sicut cautela idem quod cautio.

Sicuti Æditui) Æditimus est ædis sacræ tutor, id est curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur *Æditumus*, si Gellio credimus *lib. 12. c. 10.* ἱεροφύλακα vocat Scævola *leg. 20. §. 1. de ann. legat.* VINN. Conferendus omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinis JC. vet. p. 28.* ubi hanc etymologiam contra L. Vallæ criticam defensam videmus. HEIN.

TEXTUS.

Quibus testamento tutor datur? & primum de liberis in potestate.

3. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo: nepotibus vero neptibusque ita demum parentes possunt testamento tutores dare, si post mortem eorum in potestatem patris sui non sunt recasuri. Itaque si filius tuus mortis tuæ tempore in potestate tua sit; nepotes ex eo non poterunt ex testamento tuo tutores habere, quamvis in potestate tua fuerint: scilicet quia mortuo te, in potestatem patris sui recasuri sunt.*

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*) Etiam exhæredatis, *leg. 4. de test. tut.* Nec obstat *l. 73. §. 1. de reg. jur.* Quoniam exhæredatio non extinguit jus sui hæredis, aut impuberem facit suæ potestatis, *§. 4. inf. de pup. subst.*

Quos in potestate habent) Tutela jure patriæ potestatis mandatur, *l. 40. de adm. tut. d. l. 1. de test. tut. d. l. 73. §. 1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest, sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

Testamento) Codicillorum usu recepto etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, *l. 3. de test. tut.*

In potestatem patris) *l. 1. §. ult. eod.* Quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris; nec dari, nisi suo hæredi, *l. 73. §. 1. de reg. jur.* junct. *§. 2. infr. de hær. qual.*

Non poterunt ex testamento, &c.) Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes est in potestate, *l. 10. §. 2. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Species tutelæ tres sunt; testamentaria; legitima & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio facto a testamentaria, quæ reliquis duabus potior est; *inf. tit. 15. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quam ab intestato, *l. quamdiu 39. de acq. hær. l. 39. de reg. jur.* Ait, permissum esse parentibus, liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In persona dantis exigit, ut sit parens: persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum *l. 4. de test. tut.* & jus veteris patriæ potestatis, *arg. §. 4. inf. de pup. subst.* In modo dandi, ut detur testamento. Testamento autem datus etiam is accipitur, qui codicillis testamento confirmatis scriptus est, *l. 3. de test. tut.*

In filios, filiasque, &c.) Lex duodecim tab. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur feminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, *§. ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, quam si post mortem avi in potestatem patris sui non recidant: quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris, *hoc t. in pr.* Deinde nepos quamdiu pater eum in familia præcedit, non est suus hæres avo, *§. 2. inf. de hær. qual. & dif.* tutor autem dari non potest nisi suo hæredi, *l. qui tutelu 74. §. 1. de reg. jur.*

TEXTUS.

De Posthumis.

4. *Cum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur; & in hac causa placuit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse, si modo in ea causa sint, ut, si vivis parentibus nascerentur, sui hæredes, & in potestate eorum fierent.*

NOTÆ.

4. *Pro jam natis*) Quoties de eorum commodo quæritur; ut hic, *l. 7. leg. uen. de stat. hom.* aliis autem non prosunt nisi natis, *l. g. 231. de verbor. sign.* exemplum in *l. 2. §. 6. de exc. tut.*

Sui

Sui hæredes & in potestate; leg. 73. §. 1. de reg. jur. Nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, *leg. 26. §. ult. de test. tut.*

COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est; id hic etiam ad posthumos producitur, hoc est ad eos, qui tempore facti testamenti adhuc in utero sunt. Et ait Imp. etiam his testamento tutores dari posse hac ratione, quia qui in utero sunt, plerisque juris articulis pro jam natis habentur, nempe quoties de commodo eorum quæritur, ut in casu proposito, *l. 7. & l. pen. de stat. hom.* Poterat & a jure parti potestatis ratio peti, *arg. §. 1. instr. de exhæred. lib. §. 4. instr. de pup. subst.*

Sui hæredes & in potestate. Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest, nisi quos in potestate & in suis hæredibus, cum moritur habet; ita nec posthumis potest nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur, sui hæredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius paucis complectitur. *Nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam nisi ei, quem in suis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset*, *l. quo tut. 73. §. 1. de reg. jur.* Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes in potestate est, *l. 10. §. 2. ff. de test. tut.*

TEXTUS.

De Emancipatis.

5. *Sed & si emancipato filio tutor a patre datus fuerit testamento; confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est, sine inquisitione.*

NOTÆ.

5. *Emancipato filio*) Idem est, si etiam non emancipato datus sit, codicillis non confirmatis, *l. 1. §. 1. de confir. tut.*

Omnimodo) Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *Ut plurimum d. l. §. 2.* interdum a voluntate patris recedet Prætor, *l. 9. & 2. seqq. ... l. 4. de test. tut.*

Sine inquisitione) & sine satisdatione, *d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. eod.* A matre autem datus filio instituto (nam exhæredato a matre dari non potest, *d. l. 4.*) non satisdat quidem, sed ex inquisitione confirmatur, *leg. 1. de conf. tut. d. l. 4.* Ex *l. 4. C. de test. tut.* tollenda est negatio in illo, *Quando autem eos hæredes non instituerit*. Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit?*
2. *In quibus differat confirmatio tutoris a patre non rite dati, & dati a matre, vel extraneo?*
3. *Explicatio l. 4. C. de test. tut.*
4. *Confirmatos tutores, non pro dativis, sed pro testamentariis haberi.*
5. *In his regionibus fere duo tantum esse genera tutorum, remissive.*

Emancipato filio) Diximus *tit. præc. §. præterea 6.* liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tab. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate Magistratus, & quidem simpliciter, sive omnino, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sitne idoneus, necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo quam hic factum est, differamus accuratius. An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est; ex persona eorum quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestate dantis: [1] ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, *§. 3. sup. eod.* Quapropter si quis alius, quam parens tutorem dederit, aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus, qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis; datio ipso jure non valet. Cæterum cum reverentiæ, tum affectui eorum, qui impuberibus non legitime tutores dederunt, tributum est, ut quod deficit, a Magistratu repleatur, datique confirmentur, *l. 1. §. 1. de conf. tut.* [2] Confirmatio autem hæc non unius modi. Interest enim, an pater tutorem non rite dederit, an quis alius præter patrem. Judicio patris hoc datum, ut si is aut non justo testamento, aut codicillis non confirmatis, aut quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc tex. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus *l. 8. & 2. seqq. d. tit. l. 4. de test. tut. l. 3. §. 3. de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur, utrum pater, qui tutorem dedit, aliquid iis reliquerit, an nihil, *l. 7. d. tit. l. ult. C. eod.* Quod si alius quam pater tutorem dederit; sive mater sit, sive patronus, sive extraneus quis; non aliter hic tutor confirmatur, quam si & hæres impubes institutus sit, *l. 4. de test. tut. l. 4. de conf. tut.* Quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, *d. l. 4. de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutel. 28 §. 2. de test. tut.* Hoc interest, quod a matre datus satisdatione non oneratur, sed ab ipso Prætore ex inquisitione confirmatur, *l. 2. de conf. tut.* Cæteri fere remitti solent ad Magistratus municipales confirmandos, præstita satisdatione, *l. 5. d. tit.* [3] Quod autem diximus, a matre datum tutore non aliter confirmari, quam si hæredem filium instituerit, ei obstat *l. 4. Cod. de test. tut.* ubi & liberis non institutis a matre datum confirmari solere rescriptum est. Respondent nonnulli, hoc fieri solitum, non ex juris aliqua constitutione; sed ex usu, quod non placet. Nam retenta lectione negativa, hæc erit rescripta sententia; quod tutor a matre liberis institutis testamento datus, recte datus intelligatur, nec egeat confirmatione; secus si non institutis, id est præteritis aut exhæredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d. l. 4.* negatio cum Cujac. Fabrot. ex illis verbis: *Quando autem eos hæredes non instituerit*; quomodo detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius: ita omnia & inter se & cum ratione juris optime convenient. Ne quis ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cum eos hæredes instituerit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc, quod dixerat, intelligendum sit, declarat: nempe etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen a Præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habeat illa sequentia, *Nullo vero ex his interveniente*, &c. nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exhæredato jure tutorem dat, *l. 4. l. 26. §. 2. l. 31. de test. tut.* quoniam non tam exhæredatio jure patriæ potestatis sit, quam delegatur tutela. Porro tutores ita confirmari sic eodem genere cum testamentariis comprehendi possunt. [4] Primum quia perinde confirmari dicuntur, ac si ex testamento tutores essent, *l. 3. eod.* nisi quod a matre aut ab extraneo dati ex inquisitione confirmentur, quod naturam tutoris non mutat, *arg. l. 8. & seqq. eod.* Deinde quia confirmatio non pendet a voluntate & lo-

& sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate [illegible]. [illegible] enim Prætor datum confirmare, & tutelam decernere, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi, l. 2. §. 1. cod. Nesennius 32. a. [illegible]. Ubi [illegible], etiam ante quam confirmentur, pro testamentariis quidem eos haberi, ut legitimis præferantur, & male [illegible] eos, qui ob id, quod is qui confirmat aliquando dare censetur, per leg. 130. de reg. jur. tutorem confirmatum pro dativo potius quam testamentario habendum existimant; contendentes confirmationem necessariam cum ea, quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator directe appellatur, qui testamento datus confirmatus est, l. 2. [illegible] pup. solv. [illegible]. Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt, nec repugno, si quis mixtam dici malit. Apud nos fere duo tantum sunt tutorum genera; unum eorum, qui testamento, alterum, qui a Magistratu dantur; nec refert, a patre an a matre dentur; testamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos usus est: quanquam ubi testamento de tutela nihil cautum est, solent & tenentur Magistratus audire [illegible] pupilli proximos; atque ex iis, qui modo idonei sint, tutores creare. Vid. quæ notamus *infr. in fin. tit. de leg. agn. tut.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Cont. Lib. 26. Tit. 2. Cod. Lib. 5. Tit. 28.

Continuatio & Argumentum Tituli.

SUperiore Titulo dictum est de iis, qui testamento tutores dare & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum, cum is, qui datus est, & tutor esse possit; de quo nunc deinceps disputatur; & simul de modis testamento tutores dandi; deque intellectu atque interpretatione nonnullorum verborum, quibus testator in dando tutore usus sit.

TEXTUS.

Qui tutores dari possunt?

***Dari** autem tutor potest testamento non solum patribusfamilias, sed etiam filiisfamilias.*

COMMENTARIUS.

SEd *etiam filiusf.*) Idque non testamento solum, sed etiam a Magistratu, *l. 7. de tut.* Nec obstat, quod filiusf. in potestate patris est: nam tutela, munus est publicum, *infr. de excus. in pr.* In publicis autem causis **filiusf. non sequitur jus patris, sed pro patref. habetur**, *leg. 9. de his qui sui vel al. jur. l. 14. ad Treb.* At enim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, *l. [illegible] 21. ad l. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

De Servo.

1\. *Sed & servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem, quasi liber, tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor: sed ita, Quum liber erit, utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

NOTÆ.

1\. *Libertatem directam*) *leg. 32. §. 2. de testam. tut. l. penult. Cod. de nec. serv. [illegible].* Immo fideicommissariam, Cujac. Vult. Bach. per *l. 9. de fideic. hær.* Resp. *d. l. 9.* accipienda de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto a te, hæres, ut Davus sit tutor liberis meis*, ut in *l. 1. §. 2. de conf. tut.*

Per errorem) Eo quod testator liberum esse putabat, cum esset servus, *l. 22. de test. tut. l. 24. §. 9. de fideicom. lib.* [illegible], ut ibi Græci.

Servus alienus pure inutiliter) intellige quoad verba & sententiam: nam illa datio *Davus tutor esto*; non est pura quoad sententiam, cum subaudiatur conditio, *cum liber erit*. Ita cont. ne obstet, *l. 10. §. ult. eod.*

Proprius inutiliter eo modo) Nec hæres eo modo recte instituitur, *l. 21. de cond. instit.* quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, *l. 22. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1\. *Veterum sententiæ consentaneum esse quod ait Justin. servum proprium simpliciter tutorem datum directo liberum fieri.*

NON solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi; quia & cum servis testamenti factio est, *l. testamento 25. de test. tut. §. in extraneis, inf. de hær. qual. & diff.* Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor & liber esto*; secunda. *Davus tutor esto*: tertia *Davus tutor esto, & cum liber erit*. De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum a domino emat & manumittat, *l. 10. in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc recte tutorem esse: quod & Paulus non obscure indicat, *l. quæro 32. in fin. d. tit.* cum dicit, hoc ipso, quod a domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eumque ubi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis: in propria inanis & ridicula indicatur, tanquam si quis diceret: hæc res tibi empta sit, si voluero.

Directam) Directa libertas dicitur, quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, *§. 1. inf. de sing. reb. per fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc a Justiniano I. constitutum esse; sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinian. scribit, *l. pen. C. de nec. serv. hær. inst.* jure civili jam ante inductum fuisse, ut in quis servum suum sine libertate tutorem dedisset, ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate hærede instituto, quod antea non obtinebat, *inst. de hær. inst. in pr.* nimirum ut hoc ipso, quod hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur,

ad exemplum servi simpliciter tutoris dari. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, ut directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & potens fit liber. Servus proprius tutor datur necessario. Non obstat quod dicitur in *l. 10. in fin. de test. tut.* nihil interesse, suum servum an alienum quis tutorem dederit: Hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est: siquidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat *l. etsi 9. Cod. de fid. lib.* Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti; *Peto a te, hæres, ut Stichus sit tutor liberis meis.* Quod etiam verba *d. l. per fideicommissum manumisisse* significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est quam verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset petierat, *arg. l. qui tutelam 28. §. 1. de test. tut.* Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, Veteres ipsos hic inter se non convenisse, *lib. 1. iur. obs. c. 7.*

Pro tutore) Quod liber putaretur; quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo creditur, *l. si quis 22. de test. tut. l. generaliter 24. §. si quis tutorem 9. de fideic. lib.*

Pure inutiliter) Hoc est, absque conditione, *cum liber erit*. Quid igitur est, quod Ulp. ait *d. l. 19. §. ult. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cum liber erit*? An dicemus, hoc contra rationem juris benigne receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendam, ut si hæc non refragetur, valeat: si manifeste repugnet; datio sit inutilis? *d. l. 10. in fin.* Quid enim si ita verbis pure datus est, ut nec sententia eum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est. VINN. Sed dicere malim, Veteres hic dissensisse & Justinianum quidem eorum probasse sententiam, qui expresse addendam hanc conditionem existimabant. Tribonianum autem *l. 10. §. ult. ff. de test. tut.* incaute inseruisse Pandectis, quod & alias aliquando factum est. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter) Nam perinde, ac si diceret testator, tutor esto, cum a domino suo libertatem adeptus erit, quod cum dominus ipse loquitur, aperte ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat, hæc res tibi empta est, cum ea tibi vendidero.

TEXTUS.

De furioso & minore 25. annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus tutor tunc erit, cum compos mentis, aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

COMMENTARIUS.

Tutores testamento dari possunt, non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint, ut natura postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi, & minores 25. annis.

Cum compos mentis) Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem pure dari non posse, *l. 10. §. 3. de test. tut.* Et videri potest pater non satis serio agere; qui eum tutorem pure dat, quem scit tutelam gerere non posse. Sed placuit etiam hoc patri licere, quasi tacite sub hac conditione detur, ut tutor sit, cum sapere cœperit, *d. l. 10. §. 3. l. 11. d. tut.* Medio autem tempore tutor aut curator a Magistratu dabitur, *inf. de Attil. tut. §. 1. & inf. de curat. §. ult.*

Major 25. annis) *l. quæsitio 32. §. ult. de test. tut.* Et hic interim usque ad legitimam dati tutoris ætatem alius a Magistratu dabitur, *l. 10. §. si libertus 7. de excus.* Recte autem hic monet D. Bachovius, ponendos esse terminos habiles, ut minor, qui tutor datus est, ejus sit ætatis, ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit, alioqui dationem esse lusoriam, ac protinus a Magistratu tutorem dandum: quod sic accipe, si legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur?

3. *Ad certum tempus, vel ex certo tempore, vel sub conditione, vel ante hæredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Servum, furiosum, minorem 25. annis a Magistratu non recte tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.*

Etiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum pure, sed ex die etiam & sub conditione tutorem recte dederit, ut qui datus sit, non ante sit tutor, quam dies aut conditio extiterit, & deficiente conditione tutor non sit. Potest & ad certum diem & usque ad certam conditionem tutor dari, ut finito tempore aut conditione existente tutor esse desinat, *l. 8. §. 1. & 3. de test. tut. l. si adrogati 14. §. 3. & ult. de tut. §. 2. & §. pen. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficiente quidem aut finita tutela testamentaria, locus erit legitimo tutori, pendente Attiliano, *leg. 11. de test. tut.* junct. *l. 9. §. 2. de tut. & rat. dist.*

Vel ante hæredis institutionem). Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari: propterea quod jure veteri ante hæredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. (1) Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est. *§. 34. inf. de leg.* Hic paucis admonendi sumus, ea quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni adstringendo dicta sunt; omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legassit* &c. patri permissa. Non eadem libertas Magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l. 6. §. 1. de tut.* Quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor recte ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, servus *cum liber erit*, &c. sive simpliciter & pure: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, *l. d. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Cur tam varie? Nimirum quia ab officio Judicis aut Magistratus alienum est actus suos suspendere, atque imperfectos relinquere. Ideo enim additur, ut in præsenti nobis officium, atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur; quod & Jo: Fabro suboluit, qui ad hoc utitur *arg. l. non quemadmodum 35. de iudic. l. 1. §. biduum, 5. quand. app.* Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore a patre sub conditione da-

dato, Magistratus sit, pendente conditione pupillo prospicere, & interim a Magistratu tutor sub conditione datur, neminem dari posse, qui pendente conditione pupillo consulat. In eo autem Gloss. & DD. in *d.l.6.§.1.* errare existimo, quod putant, etiam Magistratum sub conditione tutorem dare posse, *per leg. 11. de test. tut.* quippe quae de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, a Magistratu interim alium tutorem tacite dari posse non ambigitur, *§. 1. inf. de Atil. tut. l. 11. in pr.*

T E X T U S.

Cui dantur.

4. *Certae autem rei vel causae tutor dari non potest: quia personae, non causae, vel rei tutor datur.*

N O T Æ.

3. *Certae rei*) Ex Ulp. *l. 12.* Marcian. *l. 14. de test. tut.* *Certae rei*, nec dedantis rebus, *d. l. 12.* ἐπὶ ῥητῷ πράγματι, ut vertunt Graeci. Etsi datus fuerit, tota ratio non valebit, *l. 13. eod.* Aliud juris est, si quis haeres certae rei scribatur, *l. 1. §. 4. de her. inst.*

Non potest) Universo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, *l. 15. eod.*

Personae) Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, *leg. 12. §. pen. de adm. tut.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Dispositioni hujus. §. apud nos locum non esse.*

Certae rei vel causae) Velati Maevius, quia mercaturae peritus est, tabernae pupilli tutor esto. quia juris & consuetudinis forensis lites, & controversias persequatur.

Quia personae) Datur enim tutor ad tuendum pupillum, *§. 1. sup. t.* idcoque si ad certam rem aut causam datus fuerit, tota datio non valebit, *l. 12. cum 2. seq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l. 12. §. cum tutor, 3. de adm. tut.* Aliud enim est certae rei tutorem dari, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum praepositum intelligi. Nam cum personae pupilli tutor detur; per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur, quae conditionem personae sequuntur. Et vero si personae pupilli consulendum est; necesse est, ut non tantum personae & moribus pupilli, sed etiam rebus ejus tutor praeponatur, *d. l. 12. de test. tut. d. l. 12. §. cum tut. 3. de adm. tut.* Atque in hoc praecipue differt tutor a curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l. 8. C. de nupt.* & ad unam certamque negotium recte decernitur, *& 2. inf. de curat. l. 7. de tut. dat.* Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit matrimonium, ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est; ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanae, aut Siriacae, tutor dari possit, *l. 15. de test. tut.* non tamen casu, singuli tutores in solidum dari intelliguntur, non tam tutela dividi quam administratio. Illa sane superioris regulae exceptio videtur, quod imponitur ad necessitatem cujusdam ut tutor detur ex causa permissum est, *l. 9. de tut. dat. l. 10. de test. tut. l. 17. §. 1. de appel.* Mater quoque dicitur potius in rem quam in personam tutorem dare videri, *l. 4. de test.* *tut.* quasi nec verus tutor sit, qui ab eo datus est, qui jus dandi tutorem ex lege non habet. Apud nos haec juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore Grotio 1. *manud. c. 7.* tutor vel testamento, vel a Magistratu etiam ad certam rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, vid. *ex. tit. de curat.* Potest etiam a Magistratu dari ex die vel ad diem vel sub conditione, quod jure Romano solis parentibus permissum erat. *§. praec.* modo ne pupillus unquam indefensus maneat. Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec testamento recte dicitur, *l. tutor. 20. l. tut. 23. de test. tutor. §. sed nec 27. inf. de leg.*

T E X T U S.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel liberis, vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit; etiam posthumae, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiae appellatione & posthumus, & posthuma continentur. Quod si nepotes sint; an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est, ut & ipsi quoque dati videantur, si modo liberos dixerit. Caeterum si filios; non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si posthumis dederit, tam filii posthumi, quam caeteri liberi continebuntur.*

N O T Æ.

Si quis filiabus) Ex Ulp. *l. 5. & l. 6. de test. tutor.*

Etiam posthumae) In legatis contra, *l. 17. de leg. 1.* quia legata liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex affectione singulari erga hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis datur jure potestatis.

Aliter filii, aliter nepotes) Natura filium a nepote distinguit, & hic naturalem propriamque appellationem sequimur: quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio, alias filii appellatione & nepos continetur, justa scil. interpretatione, *leg. 84. l. 201. l. 220. de verb. sign.* Exempla in *l. 59. de rit. nupt. leg. 2. §. 25. ad Tertyl. l. 14. de Senat. Mac.* Filias tamen appellatione filiorum his quoque venire placet, *l. 16. de test. tut.*

Posthumis) Leg. posthumis, *d. l. 6.* & ita Theoph. & alii.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.*
2. *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos; nepotes non contineri, filias contineri. Et quae horum omnium ratio?*
3. *Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi, sive ulterioris gradus.*

Voluntatis quaestio est, cum quaeritur, qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur; sive filii sint, sive nepotes, aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, *l. liberorum 220. de verb. sign.* 1 Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solum filiis, sed etiam nepotibus, & qui infra eos sunt, dedisse intelligitur; ut ex Ulp. *leg. 6. de test. tut.* Justinianus hoc loco refert, dummodo post mortem datoris in potestatem patris sui recasuri non sint, *§. 3. sup. cit.* De filiis duo hic quaeruntur; unum est, an eorum appellatione etiam posthumi

humi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait: *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit; etiam posthumæ vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filiæ appellatione & posthumus: & posthuma continetur*; quod & Ulp. respondet *l. 5. d. t.* Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit *l. qui filiabus 17. in pr. de legat. 1.* eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minime repugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; posthumi autem æque filii & liberi sunt cæteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione ergo certos: quæ affectio in proposito erga posthumum non præsumitur; ita fere Angel. hic post *Gloss. in d. leg.* 17. Alterum est utrum filiorum appellatione etiam nepotes veniant. Et ait, non veni re. Quia aliud sit filius, aliud nepos: filius enim est, qui ex me & uxore mea natus est; nepos, qui ex filio meo; hoc idem & Ulp. *d. leg. 6.* Quid ergo est, quod legimus in *l. filii 84. l. liberor. 220. de verb. sign.* filiorum appellationem etiam nepotes cæterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, *leg. justa 201. eod. tit.* Nam nec a proprietate verborum aliter recedendum est, *leg. non aliter 69. de legat. 3.* Exempla suppeditant *l. senatus 59. de rit. nupt. l. 2. §. filiis 28. ad Tertyl. l. 14. de sen. Mac.* Et fingamus in proposito, testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut finge, nepotes solos esse impuberes; dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur: quod & Jo: Faber notat. At filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus a proprietate sermonis, dicamusque, filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem habere legitimum vel dativum, quam eum, qui a parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus. Cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus intersit, ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filiæ contineantur. Responsum est, contineri, *leg. 16. in pr. de test. tut.* quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *l. 1. l. pronuntiatio 195. de verb. sign.* De posthumis est in vers. *Plane si posthumis.* Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit, tam filios posthumos, quam cæteros liberos contineri, id est, ut recte hoc accepit Theoph. contineri non tantum posthumos primi gradus, verum etiam secundi & ulteriores: si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur, in potestate ejus futuri sint, neque testamentum rupturi, *l. 1. §. 1. de test. tut.* Quare necesse non est, ut cum Haloandro pro *posthumis* substituamus *posteris*, maxime cum apud Ulp. quoque *l. 6. eod.* unde hæc descripta sunt, *posthumis* legatur; & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligas, add. Dom. 3. *comm.* 4. Div. Tuld. *hic cap.* 4. D. Jac. Coren. *cons.* 14. ubi disputat, an vox Belgica *Kindt*, aut *Kinderen*, tam late pateat, quam Latina *liberorum*, ut & Sande, *lib. 4. rer. jud. tit. 5. defin.* 10.

TITULUS DECIMUS QUINTUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Lib. 26. Tit. 4. Cod. Lib. 5. Tit. 30.

Ratio ordinis & argumentum Tituli.

TEstamentariam tutelam excipit legitima. Ea est, quæ lege defertur iis fere, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum; patronorum; parentum; & fiduciaria; quarum duæ priores proprie sunt legitimæ, *l. 1. h. tit.* sequentes duæ ἀναλόγως. Singulæ singulis titulis hic explicantur: in ff. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima, quam agnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat; quinam sint agnati; quando iis tutela deferatur; postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

T E X T U S.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.

N O T Æ.

Ex lege 12. tab.) *l. 1. de leg. tut.* ubi summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur. Lege autem Solonis non deferebatur agnatis, nisi remotioribus; Laert. in *Solone*, contraria vid. ratione, quod fere quisque conetur, eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Pers.

COMMENTARIUS.

1. *Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam?*

QUibus testamento) Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l. 11. de test. tut. l. 9. §. 1. de tut. & ra. dist.* sicut & legitimi hæredes iis, qui ex testamento vocantur, *leg. quamdiu, de acq. hær.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, *per l. ult. C. de pact.*

Ex leg. 12. tab. agnati sunt tutores) Lex 12. tab. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia a lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, *d. l. hoc tit.* Hæc autem tutelæ species ea est, quæ a Servio dicitur jure civili data, *l. 1. de tut.* Etenim legitimos tutores nemo dat, sed lex eos tutores facit, *l. 5. loc. cit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem a lege factam. Et sane in hæreditate facta est, auctore Cornificio ad Heren. *lib. 1.* qui verba legis sic refert: *Si paterf. intestato moritur; familia pecuniæque ejus agnatorum gentiliumque esto.* (1) Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse. Quid intersit inter gentiles & agnatos, multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod discrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus con-

constat familiis, quæ singulæ cognominibus distinguuntur: ita, ut nomen universæ genti commune est; ita cognomen proprium cujusque familiæ; quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles: qui ejusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi caussa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messalæ, Flacci; hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias; omnesque inter se gentiles sunt, singuli inter se etiam agnati. VINN. Recte tamen Cic. *Topic. cap. 6.* addit, gentiles esse non omnes, *qui ejusdem nominis*, sed *qui ab ingenuis oriundi, & quorum majorum nemo servitutem servierit*. Nam & libertos patronorum nomina adsumpsisse, nemo ignorat. HEIN.

SEXTUS.

Qui sunt agnati?

1. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem juncti, quasi a patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus; fratris filius; neposve ex eo; item patruus; & patrui filius: neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt, sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris, familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

PEr virilis sexus) Agnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt *leg. 7. hoc tit.* §. 1. *inf. de leg. agn. succ. leg. 2.* §. 1. *de suis & leg.* modo non sint capite minuti, & sint in familia, §. *ult. inf. eod.* Nihil autem refert, an natura quæsita sit agnatio, an adoptione, *d. l. 2.* §. 3. *de suis & leg.*

Veluti frater ex eodem patre) Masculus tantum ex agnatis hoc loco recenset: quia licet etiam feminæ quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia; tutela tamen solis maribus jure communi defertur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.*

Naturali jure cognati) Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt; proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per feminas copulatur, *l.* 4. §. 2. *l. ult.* §. 1. & 2. *de grad. & aff.* Idem hic plane accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub §. 1. *sup. de adopt.* Agnati nostratibus dicuntur *van de Smaers zy*, cognati *van de Spizzy*.

TEXTUS.

Quis dicatur intestatus?

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare, sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit. quod tunc quoque accidere intelligitur, cum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

COMMENTARIUS.

Q*Uantum ad tutelam*) Differt, quantum ad tutelam, ut & jurisc. ad *l. 6. hoc tit.* nam ad hæreditatem quod attinet, nemo intestatus decessisse intelligitur, qui testamento facto, unde hæres postea extitit, decessit, *inf. de hær. qui ab int. def. in princ.*

Vivo testatore) Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante ceptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu recte dicitur pater, quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post ceptam tutelam decesserit, vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de test. tut.* Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti; quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane si tutor testamento datus postea excusatus sit, aut remotus, placet, non legitimum succedere, sed in locum ejus alium a Magistratu dari, *d. l. 11. §. 1. & 2.* Diversi hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur, & plane extinguitur: excusatione autem & remotione non item, sed interventu Magistratus, quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur?

3. *Sed agnitionis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est, cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*
2. *In his regionibus vix usum esse legitimæ tutelæ: & quid moris cessante testamentaria?*

DIffert agnatio a cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione etiam minima, tollatur, & consequenter jura agnitioni tributa ut tutelæ & hæreditates intereant, *l. 7. de c. min. l. 5. §. ult. hoc tit.* Cognationis autem jus non mutetur, nisi maxima aut media capitis deminutio intervenerit. De quo amplius §. *pen. seq. tit.* qui hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque) Additum propterea, quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus legibus hæreditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur; ut ecce, defertur hæreditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d. l. 7. de cap. min.* §. 2. *inf. de sen. Orfic. l. 1.* §. 8. *ad sent. Tert.* Constitutione quoque Anastasii, frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hæreditatem & tutelam vocatur, *l. 4. C. h. t.* §. 1. *inf. de succ. cogn.* Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult.* §. 4. *C. de leg. tut. hær.* (1) Novissimo autem jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, paritérque cognati cum agnatis

tis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocantur. *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. consequens omnino est, legitimam tutelam minima capitis deminutione non amplius tolli.

Quia agnatio juris civilis nomen) Sicut & familia, cujus appendix est agnatio. Neque obstat, quod etiam aliæ gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt. Multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, *l.* 9. *in fin. de just. & jur.* constituta, sed civili dumtaxat, argumento est adoptio, de qua *sup. tit.* 11. item usucapio, de qua *lib.* 2. *tit.* 6. tale etiam est jus agnationis.

Civilia jura corrumpere potest) Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur; sed ea tantum quæ familiæ illius sunt propria, e qua capite minutus exit.

Naturalia vero non utique) Οὐ πάντως, non omnino. Th. non capitis deminutione minima. Pompon. *l.* 8. *de reg. jur. nullo jure civili*, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione. Vid. §. *pen. seq. tit.*

(2) Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tut. in fin.* præterquam in agro Voormano, juxta *art.* 74. statutorum illius agri confirmatorum a Carolo V. an. 1519. Cæterum cessante tutela testamentaria, Magistratus tutelaris, sicubi est, aut qui juri dicendo præsunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ac ne pupilli diu indefensi maneant, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suscipere recusante, duo e proximis per defunctum pupillo cognatis, intra certum tempus statui, aut consuetudine locorum definitum, tutores a Magistratu petere, qui cum de consilio eorum, atque etiam ex iis quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisque deficientibus, avus & avia in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter e cognatis defuncti proximis adjungendus est, patris & avi tutela perpetua est; matris & aviæ transitu ad secundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, nisi prius beneficio Senatusc. Vellejani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & aviæ & seq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat; uti judicatum refert Mynf. 3. *obs.* 84. adde Jo: Guttierez *de tut. p.* 1. *c.* 8. & 9. Si ex parentibus nemo exstabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proxime contingunt, unus per patrem, alter per matrem, similique modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget Magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proxime sequuntur, & ita deinceps. Denum si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisitione tutores creabit. Consule statuta tutelaria Rhynlandiæ, *art.* 12. *cum aliquot seq.* Grot. 1. *manud.* 7. Christ. *vol.* 3. *dec.* 147. *n.* 4. & *seq. dec.* 149. ubi refert, moribus Galliæ & Mechlinensium matrem & aviam non renunciare Vellejano.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. *ff. Tit.* 5.

Continuatio & summa Tituli.

IN *ff.* hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Justinianus autem cum in §. *ult. sup. tit.* occuisset, jus agnationis, ac proinde & tutelam legitimam quovis genere capitis deminutione perimi; inde occasionem arripuit de ea re plenius separatim disputandi: quod facit *h. t.* ubi primum quid sit capitis deminutio definit; deinde diviso genere in suas species itidem quæ sint singulæ & quam vim habeant, exponit: tum interpretatur quod in *d.* §. *ult.* dixerat cognationis jus capitis deminutione non omnibus modis interverti; & tandem corollario docet, quo ordine agnatis tutela deferatur.

TEXTUS.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio, eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio aut minor (quam quidam mediam vocant) aut minima.

NOTÆ.

Prioris status mutatio, Græci προτέρας καταστάσεως ἐναλλαγή. Apud Paulum in *l.* 1. *eod.* non est *prioris*. *Status* hic est, quod a genere, a civitate, a rer. natura tribuitur, *l.* 3. *de int. & releg.* nempe familia, civitas, libertas, *l. ult. hoc tit.*

Tribus modis) Auson. *Idyll.* 11. *Triplex libertas, capitisque minutio triplex*, nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amisso, contingit deminutio, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

Capitis deminutio) Verbi capitis varia est & multiplex acceptio; ut videre est apud Hotomannum & alios *in Lexic.* Hic significat personam locum aliquem ordine civium proprio obtinentem, quæ locum cum amittit, capite minui dicitur. Putatque Hotomannus, ad personam translatum esse, quod de ipso ordine proprie loquendo dici debeat; ut ecce: cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. HEIN. Vocabulum hoc e censibus Rom. profluxisse ostendimus in *Antiq. Rom. hoc tit.* Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *Censa sunt capita civium* 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus e tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate *l.* 2. §. *de publ. judic.* Hinc *caput* pro statu, & *capitis deminutio* pro status mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio) *l.* 1. *hoc tit. l.* 2. *de in int. rest.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγὴ κεφαλῆς ἐλάττωσις Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium *in Eunucho*, *act.* 4. *scen.* 7. *v.* 35. *seq.* his verbis complectitur, *Dico, eam esse liberam, civem Atticam, meam sororem.*

Tribus modis) Tot enim necesse est sint genera capitis minutionis, quot sunt quæ in persona cujusque civis considerantur, quorumque uno amisso, status ejus commutatur, *l. ult. hoc tit.* Qui duo tantum genera faciunt magnam & minorem, appellatione magnæ maximam & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulp. *l.* 1. §. *filius* 4. *de suis & leg. l.* 1. §. *capitis minutio* 8. *ad SC. Tertyll.* item Calistratus *leg.* 5. §. *ult. de extraord. cognit.* VINN. Conf. quæ notavimus supra ad §. 4. *de justitia & jure*. HEIN.

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit: quod accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ; vel libertis ut ingratis erga patronos condemnatis: vel his, qui se ad pretium participandum venundari passi sunt.*

NOTÆ.

1. *Vel libertis*) Libertus ingratus jure libertatis exuitur, & patrono in servitutem redigitur, *l. 2. C. de libert. & eor. lib.* quod Attico jure obtinuit. Plat. 11. *de legib.* Plut. *in Solon.* usurpavit Claudius, Suet. *in ejus vit. c. 25.*

COMMENTARIUS.

CUM omnia amittamus quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam, maximam capitis deminutionem pati dicimur, *l. ult. hoc tit.* Hoc autem iis semper accidit, qui servi efficiuntur: nam sublata libertate tolluntur quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id est, servus factus per captivitatem, *lib. 3. carm. Od. 5. v. 42.* De modis, quibus quis in servitutem redigatur, plenissime explicatum est §. *pen. sup. de jur. pers.* & nominatim de servitute pœnæ, *in §. pœnæ servos 3. sup. quib. mod. jus pat. pot.*

In gratia) Ita legit Pacius, alii *ingratis*. Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *judicio*. Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in ejus vita *c. 5.* Estque de eo *tit. in C. de libert. & cor. lib.*

TEXTUS.

De Media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur, libertas vero retinetur: quod accidit ei, cui aqua & igni interdictum fuerit: vel ei, qui in insulam deportatus est.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur fontibus cum aqua & igni interdici solitum?*

LIbertas retinetur *l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. leg. 6. de interd. & releg.* Objici solet locus Callistrati in *leg. pen. §. ult. de extr. cogn.* Sed locus iste haud dubie depravatus est, & pro *Velut*, legendum *Vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit *lib. 3. lect. 10.* ex una particula *Veluti* duas faciens *vel uti*. Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas & qua civitas amittitur, complexus est; quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit, cum Cujacio, locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est, ut disputat Cic. *in fin. orat. pro Cæcina*. VINN. est hæc Cujacii sententia [illegible], alia erat libertas Juris gentium, alia Juris Quiritium; quam luculenter explicavimus in *antiq. Rom. in append. Lib. 1. §. 25. sequ.* illa capitis deminutione maxima: hæc & media eripiebatur. Liv. *lib. 45. c. 5.* Præclare rem omnem confecit V. C. Ger. Noodt. *Obs. Lib. 2. cap. 21.* HEIN.

Cui aqua & igni) Jure a majoribus tradito non licuisse civem licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei, civitatemve adimere, multi tradiderunt; Cæsar *orat. suo apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cæcin. pro dom. sua*; *pro Corn. Balb.* Lactant. *l. 2. c. 10.* Cæterum cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera malorum hominum impunita non relinqui; inventa ratio est, qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. (1 Itaque aqua & igni fontibus interdici cœptum est, ut his duobus tamquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque alium civitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacite tamen morte quodammodo mulctabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aere vivere aut regi non possent: nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare; ut ex ead. orat. Ciceronis *pro domo sua*, *cap. 29. & 81.* liquet.

In insulam deportatos) Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis, nervo aut compedibus vinctus, & in navim impositus, a servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifesto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem rediguntur, *l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de int. & releg.* Non uno autem loco in libris nostris traditum est, deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse *l. 2. §. 1. de pœn. l. 3. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretamur, *l. 1. §. hi quibus 2. de legat. 3. l. 2. de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum interpretatio facienda est. Consule Brisson. *lib. 3. sel. antiq. cap. 5.*

TEXTUS.

De minima.

3. *Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit in his, qui cum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subjecti esse, vel contra; veluti si filiusfamilias a patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

NOTÆ.

3. *Alieno juri subjecti esse*) Puta adrogati, eorumque liberi, *l. 3. pr. eod. §. pen. sup. de adopt.* Item dati in adoptionem per sonæ non extraneæ, *§. 2. sup. d. tit.*

Emancipatus) Emancipatus capite minuitur, *leg. 8. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Quia, ut ait Paul. *l. 3. §. 1. eod.* emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus: alibi tamen rationem petit a familiæ mutatione, *l. ult. eod.* quod contingit etiam hodie, sublata licet imagine servitutis.

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo intelligendum quod Ulp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere?*

2. *Non*

2. *Non solum adrogato capite minui, sed etiam adoptato, quamquam cum distinctione.*
3. *Emancipati cur capite minui dicantur: & numquam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint.*

(1) SEd *status hominis*) Minima capitis deminutio est, per quam salva civitate & libertate, status dumtaxat hominis mutatur, Ulp. *de tut.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. *cap.* 8. *ad SC. Tertyl.* scribit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu, quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent, si vocabulum status utroque loco eodem modo acciperetur: nulla autem contradictio est, si eo vocabulo quod est, ὁμώνυμον, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo recte dicit hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico quem quis ut civis habet: recte item eamdem non contingere salvo statu, sed privato, quem quis habet in familia, *l. ult. h. t.* In definitione autem *pr. hujus tit.* tradita, appellatione status utrumque continetur.

Qui eum sui juris) Qui se adrogandum dat, manifeste capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *leg. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* (2) Liberos quoque, qui eum sequuntur, de quo dictum §. *pen. sup. de adopt.* capite minui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l.* 3. *pr. h. t.* Sed etsi filiusfamil. a patre in adoptionem detur, dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, *l.* 5. §. *pen. de grad. & aff.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si non extraneo adoptatus sit, de quo *sup.* §. 2. *de adopt.* & §. *antepen. sup. quib. mod. ju. patr. potest.*

A patre emancipatus) Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. (3) Cur autem emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l.* 3. §. 1. *h. t.* quia in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. *præterea* 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui: non magis quam illi capite minuuntur, qui morte patris, aut accessione dignitatis sui juris fiunt, *l.* 3. §. *ult. de SC. Marc. Nov.* 81. *c.* 2. Sed verendum, ne illa Pauli ratio & ipsa aliquid imaginarii habeat; certe adæquata non est. Nam primum constat, in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse; & tamen adrogati liberique eorum capite minui dicebantur hoc solo, quod familiam mutarent. Deinde si sublatis illis venditionibus emancipati capite non minuuntur: quid opus fuit, ut Anastasius liberis, qui sine justo ritu emancipantur, jura tutelarum & successionum nominatim conservaret, si parens manumissor id peteret? *l.* 11. *C. de l. hær.* Postremo si jura agnationis & familiæ non amitterentur, nisi inventu imaginarii illius contractus; necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ii, quos dignitas patria potestate eximit, eadem jura integra retinerent, *d. l. Nov.* 81. *c.* 2. Quamobrem potius est, ut a familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. h. t.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublatas recte dici emancipatis contingere capitis deminutionem: propterea quod non minus nova quam veteri emancipatione familiam amitterent, & pro extraneis haberentur, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, liquet. Ceterum jure novissimo, quo differentia agnationis & cognationis tum in successione, tum in tutelis penitus sublata est, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. vix est, ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit. VINN. Pauli ratio solida omnino videtur. Hinc cum Virgines Vestales a Pontifice caperentur; id tamquam singulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *c.* 12. quod captæ *sine emancipatione & sine capitis minutione e patris potestate exierint*. Ratione Vinnii, quibus Paulum oppugnat, non sunt maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures causæ esse possunt. Duo posteriora ex ipsis Anastasii & Justiniani legibus solvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones sustulerint: voluerunt tamen, ut emancipatione Anastasiana & Justinianæa ejusdem cum vetere effectus essent: perinde ac si venditiones istæ fuerint adhibitæ. HEINN.

TEXTUS.

De Servo manumisso.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

NOTÆ.

4. *Servus capite non minuitur*) Servile caput nullum jus habet, *d. l.* 3. *in fin.* nullum jus, id est, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: sed demum post manumissionem hæc consequitur.

COMMENTARIUS.

SErvile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit Paulus, *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere; idem est ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus; libertatem, inquam, civitatem, familiam: ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom.* & *sup. de jur. pers.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis, quam status permutatur, capite non minuuntur, & ideo a Senatu motos capite non minui constat.*

COMMENTARIUS.

DIgnitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui Senatu vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis plecti, *leg.* 5. §. 2. *de extr. cogn.* Sed quia ita moti existimatio dumtaxat minuitur, cætera autem, quæ civem proprie constituunt, salva manent: idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui, sed cives manere integri capitis, *l.* 3. *ff. de senator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

6. *Quod autem dictum est, manere cognationis jus etiam post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. Nam si ma-*

si maxima capitis deminutio incurrat, jus quoque cognationis perit: puta servitute alicujus cognati, & ne quidem si manumissus fuerit, recipit cognationem. Sed & si in insulam quis deportatus sit, cognatio solvitur.

N O T Æ.

6. *Si minima capitis deminutio.*) Ex. gr. Si L. Titius pater [illegible] a patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittemus, cognationis retinemus: & ideo ad mutuam successionem ex edicto unde cognati vocamur, §. 1. [illegible] *de succ. cogn.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus sanguinis seu cognationis quot modis accipiatur?*
2. *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam, at beneficio Principis restitutos recipere.*

Refert Imp. ad id quod §. *ult. sup. tit.* dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis [illegible], sicuti solvitur agnatio: Quia occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, disserendum putavit: docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde ut agnationem perimi, de minima accipiendum esse: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum* 64. §. *societas* 10. *pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

Jus quoque cognationis perit.) Huic loco obstare videri potest quod dicit Pomp. *l.* 8. *de reg. jur.* Jura sanguinis nullo jure civili dirimi posse. 1 Sed sciendum est jura sanguinis sive cognationis bifariam accipi; vel plane naturaliter atque pro eo jure, in quo sola sanguinis conjunctio spectatur; vel pro jure, quod cognita propter cognationem jure civili vel honorario defertur. Illo modo si jus sanguinis accipias, nullo jure civili dirimi potest: ut ecce, jus civile efficere non potest, ut qui pater est, pater esse desinat; qui frater, desinat esse frater: ut nuptiæ inter patrem & filiam, inter fratrem & sororem consistant. At posteriore modo acceptum certis personis adimi potest; ut puta potest jus civile efficere, ut ne filius patri, frater fratri certo casu succedat, aut ad bonorum possessionem unde liberi aut unde cognati vocetur. Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem, cui tribuuntur, quæ est naturalis cognatio: tamen quia inter cives tantum [illegible] sunt, etiam ad jus civile suo modo referuntur, *leg.* 17. §. 1. *de pœn.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur: ex quibus tamen ea, quæ salva civitate contingit.

2 *Ne quidem si manumissus.*) Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissione non recipit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati a Prætore non vocantur, *l.* 1. §. 2. *l.* 7. *unde cogn.* & *infr. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest, & jus suum remittere; jus autem cognationis, quod servitute amiserat, ei restituere non potest. Plane qui servi pœnæ effecti beneficio Principis restituuntur, etiam jus cognationis recipiunt, *l.* 1. §. 4. *&* [illegible] *ad Tertull.* [illegible] Atque hoc quidem [illegible]. Justinianus autem postea etiam libertinos ad [illegible] ingenuorum succedere voluit, § [illegible] & novissime libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus; *Nov.* 78.

Cognationem.) Hoc est jus, quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, §. *illud.* 10. *sup. de nupt.*

In Insulam deportatus.) Deportati quoque jura cognationis amittunt; sed a Principe restituti, per omnia pristinum statum recipiunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

T E X T U S.

Ad quos Agnatos tutela pertinet?

7. *Cum autem ad agnatos tutela pertinet; non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum, qui proximiore gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt: ad omnes pertinet, veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

N O T Æ.

7. *Cum autem ad agnatos.*) Ex Cajo. *l.* 9. *ff. de leg. tut.*

COMMENTARIUS.

Qui proximiore gradu.) Æquum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur: vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de l. agna. succ.*

Ad omnes pertinet.) Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, *l.* 8. & *l.* 9. *de l. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *inf. de l. agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.* 3. §. 5. *de leg. tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d.* 3. *l.* §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat a legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse; hoc est: si proximi defecissent, in sequentium gradum non admitti, §. *placebat* 7. *inf. d. t.* Enimvero nec in tutela semper admittitur successio: nam si proximus vel excusatus sit, vel remotus, sequentes non succedunt, sed in locum abeuntis alius a Magistratu datur, *arg. d. leg.* 3. §. *quæri* 8. Idem dicendum videtur, & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg.* §. *pen. inf. de curat. leg. non solum* 10. §. *si libertus* 17. *de ex.* quasi hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur ac agnatis. *Nov.* 118. *cap.* 5. ut Platonis quoque lege cautum, [illegible] *lib.* 11. *de legib.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. *D. Tit.* 4. *C. Lib.* 5. *Tit.* 30.

Continuatio.

Ex quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, ut primum explicatum est; tutela agnatorum: altera nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione & mente leg. 12. tab. *leg.* 1. *l.* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. sign.*

T I X-

T E X T U S.

Ex ratione Leg. 12. Tab. quæ tutelas agnatis idcirco defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni liberorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, l. 3. ff. de legit. tut.

Ex eadem lege duodecim tabularum, libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur: non quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur; sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset. Eo enim ipso quod hæreditatis libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere; crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum & agnatos, quos ad hæreditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jusserit; quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque: quia si femina impubes manumittatur, ipsa ad hæreditatem vocatur, cum alius sit tutor.

C O M M E N T A R I U S.

Non quia nominatim) Lege 12. tab. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentiam hæreditatum, quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l. 3. pr. de l. tut.* Ulp. *de tutel.* §. 2.

Per interpretationem) Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publice interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. *responsa prudentum* 8. *sup. de jur. nat. gent. & civ. l. 2. §. his l. 5. de orig. jur.*

Perinde accepta est) Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia, quam ex verbis*, *l. 6. §. 1. de verb. sign.* Et Celsus, *Scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*, *l. scire 17. de legib.*

Ubi successionis est emolumentum) Prudentum collectio fuit, patronos ideo ad tutelam libertorum a lege vocari, quia vocantur ad eorum intestatorum hæreditatem, hoc argumento, quod non alia n ob causam tutela agnatis delata fuit, quam quod & ipsos ad hæreditatem lex vocasset, *l. 1. de l. tut.* Recte & naturæ juris convenienter, quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, *l. 10. de reg. jur. leg. un.* §. *pro secundo* 4. *C. de cad. toll.*

A femina manumittantur) Interdum alibi est hæreditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hæreditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, *d. l. 1. §. 1.* quippe tutela virile munus est, *l. 16. l. ult. de tut. l. 2. de reg. jur.* Excipiuntur mater & avia quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant: ea tamen conditione, ut inter gesta Senatusc. Vellejani auxilio renuntient, *auth. matri & aviæ cum auth. seq. C. quand. mut. off. tut.*

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

T E X T U S.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut neptem ex filio, & deinceps impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

C O M M E N T A R I U S.

Tertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt: id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. de l. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. *præterea 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis 12. tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successionem libertinorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum; unde Ulpian. hanc tutelam non legitimam, sed *fiduciariam* appellat, *tit. de tutel.* §. 4. Cæterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens, qui filium manumittit, patroni personam induit, atque ab hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l. 1. si a par. quis man.* hæreditatem vocatur: *l. 10. de suis & leg. l. 2. C. de SC. Tert. §. ult. inf. de l. agn. succ.* obtinuit, ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria: quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tab. pertineret; quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, *l. 3. in fin. de l. tut.*

TITULUS DECIMUS NONUS.

DE FIDUCIARIA TUTELA.

T E X T U S.

Filiifam. a patre manumissi pater tutor est legitimus: eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela, quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium, vel filiam, nepotem, vel neptem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam: Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarii tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores, quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum ejus sui juris efficeretur, nec in fratrum potestatem recideret, ideoque nec in tutelam. Libertus autem, si servus mansisset, utique eodem jure apud liberos domini post mortem ejus futurus esset. Ita tamen hi ad tutelam vocantur, si perfectæ sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter præcepit.

N O T Æ.

Filiorum suorum) Igitur & pater filii sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, *l. 1. §. si a par. man.* nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest, consule Bach. & nostra hic in *comm.*

Si perfectæ sint ætatis) Vid. Bach. ad §. 13. *infr. de excusat. tut.*

C O M M E N T A R I U S.

Generali tutelæ legitimæ appellatione etiam fiduciariam complexi sumus *sup. de l. agn. tut.* quia & ipsa vicem

vicem quadantenus legitimæ sustinet: ut enim tutores legitimi, ita & fiduciarii ipso jure tutores fiunt, & excludunt Attilianos, unde & permixte iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur; ut *hic & in Pand. l. 4.* Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum; ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id proprie convenit, non valuisset, ad liberos ejus, quasi hæreditarium translatum est, inopia alterius nominis; ut recte conjicit D. Hotom. VINN. Proprie fiduciaria tutela fuit, quam *per similitudinem patroni* suscipiebat pater naturalis, qui remancipatum sibi ab emptore filium manumiserat. Ulp. *tit.* XI. §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat, quam superiori titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Justinianus. Et sane cum contractus fiduciæ inter patrem naturalem, & fiduciariam intercederet; vix excogitari potest ratio, cur fratrum potius tutela, quam parentum, vocanda sit fiduciaria. Cæterum hæc tutela non minus ex Interpretatione legis XII. tabularum fluit, quam illa. Pater enim emancipans veluti patronus est, ergo frater emancipati patroni filius. Ergo ad eumdem, mortuo patre, tutela pertinet. HEIN.

Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum) Observandum hic est, tres fiduciariæ tutelæ quasi gradus a Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus ut avus, sed fiduciarius tutor erit: contra quam Hotom. & Mynf. existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

Atqui patrono) Πρόληψις. Videri enim poterat dicendum esse, hosce omnes esse tutores legitimos exemplo liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore, mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tab. non modo patronos, verum etiam liberos eorum ad legitimam successionem libertorum vocat, & consequenter etiam ad tutelam, eadem videlicet ratione, qua vocantur patroni. Pater autem aut frater filii sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi hæredes non sunt; nec igitur legitimi tutores, *l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn.* Atque hæc ratio generalis est pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem) His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Justinianus affert, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos, si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in potestate retenti recidisset; ideoque ex ratione Justiniani etiam in legitimam patris sui tutelam post mortem avi recidere debet. Nisi dicamus, in eo causam differentiam esse, quod ad liberos patroni jus patronatus jure hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate pervenisset. At liberi non jure hæreditario, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt: quippe qui & exhæredatus eamdem potestatem retineat: atque ad patrem quantumvis hæredem jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit *per l. 1. §. pen. si a par. quis man.* ut mirum non sit, eum non succedere in tutelam, qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Recte autem hic notant Interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l. 4. C. de legit. tut.* Maxime vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. *Nov.* 118. *c.* 4. & 5.

Nec in tutelam) Subaudi, *legitimam emancipatus recidit*. Alioqui perspicue falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse, atque a Glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis) *l. ult. §. 4. C. de leg. hær.* Ætatem autem perfectam appellat, qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *leg. 1. §. 2. de min. l. 4. l. 8. de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his qui ven. ætat.* Quæ notat Cujacius; & Pacius exscripsit, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, & c. falsa esse ostendimus *inf. de excus. §. item major* 13.

TITULUS VIGESIMUS.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. Tit. 5. C. Lib. 5. Tit. 34. & 36.

Continuatio & summa tituli.

PRogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Attilianam, cujus postrema ratio est; docetque, quibus ex legibus; a quo Magistratu; & quando tutores dentur. Postremo nonnihil attexit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

T E X T U S.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem a Prætore urbano, & majore parte Tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in Provinciis vero a Præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

N O T Æ.

Ex lege Attilia) Duo hic notanda 1. jus dandi tutores, non competere Magistratui vi suæ jurisdictionis; sed ex speciali legis concessione *leg. 6. §. 2. ff. de tut.* 2. lege Attilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

Lege Julia & Titia) Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia; & quando aut a quibus lata sit, parum constat. VINN. Immo constat satis, eam legem latam esse anno U. C. 722. Cæsare August. III. & M. Titio Cons. Vid. H. Vales *ad Excerpta Peiresc. pag.* 61. Attilianam contra anno 413. a L. Attilio Regulo, Tribuno plebis, (vid. Liv. *l. 9. cap.* 30.) latam esse, demonstravimus in *Antiq. Rom. hoc tit.* §. 9. HEIN.

COM-

COMMENTARIUS.

NUllus omnino) Neque testamentarius, neque legitimus, aut qui sub illis continetur, a Magistratu confirmandus & fiduciarius. Atque hæc species ex duabus summis, quæ locum Attiliano tutori faciunt, prima est. Altera est in §. 1. *hujus ejusd. tituli*. Duæ autem causæ in hoc principio indicantur, quas ad constitutionem hujus tutelæ concurrere oportet: una est remotior; nimirum leges Attilia, Julia & Titia, quæ quando aut a quibus latæ, parum constat: altera propinqua est, videlicet factum Magistratus, cui ex istis legibus jus dandi tutores competit; ut in urbe Prætori cum Tribunis plebis; in provinciis Præsidibus earum. Unde dicimus, eos solos jus dandi tutores habere, quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l. 6. §. 2. de tut.*

Majore parte Tribunorum) Id est, sex: erant enim decem, *l. 2. §. 34. de orig. jur.* Liv. *l. 3. c. 30.* Halsc. *l. 6.* Hoc autem non sic accipiendum est, quasi Prætor una cum sex tribunis, quem vellet tutorem dederit; sed quod cum omnes Tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset, sublato in hac causa jure intercedendi collegarum: cum alioqui vel unus e collegis intercessione impediri potuisset quod cæteri decrevissent, ut recte hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

T E X T U S.

Si spes sit futuri tutoris Testamentarii.

1. *Sed etsi in testamento tutor sub conditione, aut ex die certo datus fuerat; quamdiu conditio, aut dies pendebat, ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si pure datus fuerat; quamdiu ex testamento nemo hæres existebat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat: qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1. *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*
2. *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.*
3. *Quibus casibus accidat, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat.*
4. *Aliquando etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem a Magistratu dandum.*

HIC alter casus proponitur, quo tutor a Magistratu datur; nempe si is, qui testamento datus est, impediatur, quominus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universum jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, *l. 11. de test. tut.* Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur; vel quod tutor testamento datus sit sub conditione; vel quod ex certo die; vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. *seq.*

Sub conditione, aut ex certo die) Ex *d. l. 11. de test. tut.* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. *inf. de verb. obl.* Dies quoque incertus pro conditione est, *l. 1. §. 2. l. dies 75. de cond. & dem.* (1) De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promissum est, præsenti die debeatur, §. 2. *inf. de verb. oblig.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset propter regulam traditam §. *pen. inf. de curat.* Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur ut dicamus, eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

(2) *Nemo hæres existebat*) Hoc idem traditur in *l. 10. pr. de test. tut.* & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæreditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia, quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hæreditate confirmantur; ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l. 9. d. tit.* (3) Potest autem fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat, vel quod hæres sub conditione institutus sit, vel quod diebus creationum aut jure deliberandi utatur. Cæterum hæc ad eum dumtaxat casum referri posse videntur, quo confirmatio testamenti pendet ab aditione hæredis instituti. Nam si filium impuberem, quem in potestate pater habet, tutore dato, simul hæredem instituit, is ut suus hæres & necessarius ipso jure hæreditatem capit, §. 2. *inf. de hær. qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure hæres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur, cum ut Jo: Faber loquitur; suitas pro aditione sit, *l. 14. de suis & leg.* quod latius persequitur Ant. Fab. *Jurispr. tit. qui test. tut. pr. 1. ill.* 18. At finge, patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exhæredato, extraneum hæredem instituisse; dum hæres de adeunda hæreditate deliberat: alius interim tutor a Magistratu petendus erit. Idem dicendum est, si pater filio emancipato sive exhæredato, sive præterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione hæreditatis, quam a Prætore confirmetur, qui tutor datus est. (4) Sed & si pater filio emancipato hæredi instituto, aut mater liberis, aut extraneis item hæredibus institutis tutorem dederint; adhuc a Magistratu tutor dandus est ad adeundam hæreditatem, quoniam curatoris auctoritas ad hoc mutila est, *l. 9. de tut. l. 19. de auct. tut. l. 17. §. 1. de appel.* Verum hujusmodi species non videtur ad propositum pertinere, propterea quod Justinianus hic agit de tutore non ad unum aliquem actum, sed simpliciter dando.

Qui desinebat esse tutor) Pertinebat hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana; de quibus agitur in §. 2. & *pen. infr. quib. modis tut. finitur.*

T E X T U S.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. *Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinebat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.*

COMMENTARIUS.

AB *hostibus capto*) Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, *l. 1. §. 2. de legit. tut.* Nam propter incertum eventum tutoris redituri, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius quam curatorem dari placuit, *arg. l. 17. §. 1. de appell.*

Recipiebat tutelam) At quid si tutor captus apud hostes decesserit? Legitimus nimirum, hoc est, agnatus proximus tutelam in prætorio tutore finitam excipiet, *arg.*

arg. l. 9. §. 2. de tut. & rat. distr. l. 11. §. 3. de test. tut. Qua ratione [illegible] est, etiam legitimo tutore capto, atque apud hostes mortuo, eum, qui interim a Magistratu datus erat, tutelam deserere, atque ad insequentis gradus agnatos tutelam reverti.

TEXTUS.

Quando & cur desierunt ex dictis legibus tutores dari?

3. ***Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari****, posteaquam primo Consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare coeperunt; deinde Praetores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus, neque de cautione a tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelae administrationem quicquam cavebatur.*

NOTÆ.

3. *Primo Consules*) Quod a Claudio Cæsare institutum tradit Suet. c. 23. Plin. 9. ep. 13. datum se a Consulibus tutorem Helvidii filiæ.

Ex inquisitione) Apud Theoph. vulgo legitur κατὰ [illegible], ad quem modum etiam [illegible] emendat [illegible] perperam, & in MS. Theoph. κατὰ [illegible], teste Fabrot.

Prætores) scil. soli absque Tribunis. Prætorem tutelarem primus fecit M. Antonius Philos. Capitolinus in *ejus vit. cap. 10.*

Neque de cautione) Vide *infr. de satisd. tut. & §. 3.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam?*

P*Rimo Consules*) Primus Imperator Claudius, auctore [illegible], sanxit, ut pupillis extra ordinem a Consulibus tutores darentur. Quod jus videntur Consules aliquando etiam usurpasse, cum jam tutorum creatio ad curam Prætoris potissime pertineret: arguit certe id locus Modestini in *l. 1. §. 1. de conf. tut.* in verbis, [illegible].

Ex inquisitione) D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*; quam [illegible] etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit κατὰ [illegible]. Et [illegible] probabile non est, antea temere & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse: quamquam [illegible], textum ob id mutare; nam [illegible] demum ratio inquirendi certo definita est. Dicimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur tutor creandus [illegible] vitæ frugi, & honestis moribus? sitne locuples? num se ingerere voluerit, ut crearetur? denique num pecunia data tutelam ambierit? *l. scire oportet 21. §. ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus) Jul. Capitolinus c. 10. hoc tribuit M. Antonino Philosopho: *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut [illegible] diligentius tractaretur.* Atque [illegible], neque Consules, neque Prætores [illegible] Magistratus sui jus dandi tutores [illegible] habere cœpisse, postquam id [illegible] constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus) Duplicem causam affert, cur [illegible] legibus Atilia, Julia, & Titia tutores amplius dari non [illegible] est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisdatione a tutoribus exigenda, rem pupilli salvam fore: altera, quia nihil definiebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem: quod utrumque factum est ex constitutionibus. Neutrum proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maxime ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisd. tut.* Coactio vero omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet multæ dictione, aut capitis pignoribus, *leg. 1. de adm. tut. l. 3. C. de susp. tut. l. 9. de mun. l. 9. de mun. & hon. §. pen. inst. de satisd. tut.* Nostris moribus certo loco addici [illegible] cauponæ, sive diversoria, quæ forma compellendi & exequendi *Eyselinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, vid. *art. 31. ord. just. & [illegible] 2. seqq. [illegible] cap. Inst. cur.* Compelli tamen & aliis paratæ sive momentaneæ executionis via possunt, si hoc contumacia videtur, *art. 11. statut. Rhynland.*

TEXTUS.

Jus Novum.

4. *Sed hoc jure utimur: ut Romæ quidem Præfectus urbis, vel Prætor secundum suam jurisdictionem; in provinciis autem Præsides ex inquisitione tutores crearent, vel Magistratus jussu Præsidum, si non sint magnæ pupilli facultates.*

NOTÆ.

4. *Secundum suam jurisdictionem*) Prætoris imperium muris urbis definiebatur, Præfecti urbis usque ad centesimum lapidem, *l. 1. §. 1. de offic. Præf. urb.*

Præsides) Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, *l. 1. de off. præf.* junct. *l. 1. ff. de tut. dat.*

Ex inquisitione) Quæ quibus in rebus consistat, docet Mod. *l. 21. §. pen. & tit. de tut. dat.*

Magistratus) Intellige municipales, *l. 3. dict. tit. l. 2. §. 23. ff. ad SC. Tertyll.* Græci ἄρχοντας appellant Theoph. & Basil.

COMMENTARIUS.

1. *Jure Magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa?*
2. *Ea quæ jure Magistratus competunt, mandata jurisdictione transire; specialiter concessa non item.*
3. *Vocabulo jurisdictionis late sumpto, etiam ea, quæ specialiter tribuuntur, non absurde eo referri.*

P*Ræfectus urbis*) Qua primum lege tutoris dandi potestas Præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, *l. Titius 45. §. Romæ 3. de excus. l. 1. C. de tut. illust.* Olim hic Magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, Regibus aut Magistratibus urbis præfectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum; quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. *annal. cap. 6. 10. 11.* Auxit deinde potestatem Præfecti D. Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantum in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l. 1. de off. præf. urb.* Consulatur Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Imme jam ab Augusti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes Præfectum prætorio fuisse videtur. Id enim velle puto Tacitum *l. c.* his verbis: *qui coerceret servitia, & quod civium audacia turbidum, nisi vim metuat.* Mox pleraque crimina a Præfecto urbis vindicata.

ta. Idem enim Tacitus *lib.* 14. *Annal. cap.* 41. auctor est, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adfectum, quod reos, ne apud Præfectum urbis arguerentur, ad Prætorem detulisset.* Cont. Tacit. *Hist. lib.* 2. *cap.* 36. *seq.* Dodw. *Epist. Hadr. cap.* 7. Unde Severus Territorium tantum hujus jurisdictionis ad centesimum ab urbe lapidem protulisse videtur. HEIN.

Secundum jurisdictionem) Quod semel atque iterum in transitu diximus. (1) tutoris dationem Magistratui non competere jure sui Magistratus, aut vi jurisdictionis, quam habet, sed ex speciali concessione vel legis vel Principis, id operæ pretium est explicatius considerari: ita enim plane intelligimus, quid his verbis, *secundum jurisdictionem suam*, Justinianus significat; & simul utrum mandata jurisdictione, jus dandi ad tutores transeat; nec ne? Jure Magistratus competere proprie dicuntur, quæ quisque Magistratus ex natura officii sui habet, sive ob id, quod propterea initio creatus est. Igitur quæ Prætor habet ut Prætor, Præses ut Præses, &c. jure sui Magistratus habere dicuntur. Verbi causa, Prætor, initio constitutus est ad hoc, ut in urbe juri dicundo præesset, *l.* 2. §. *cumque consules* 27. *de orig. jur.* Prætori igitur jure Magistratus sui competit jurisdictio & imperium, quod jurisdictioni cohæret, in causis, de quibus, & inter personas, quibus jus reddere jussus est. His opponuntur quæ specialiter lege aliqua vel constitutione Magistratui postea tributa sunt, *l.* 1. *de off. ejus cui mand.* cujusmodi est imperium, quod dicitur merum, *d. l.* 1. item actiones legis, quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. l.* 2 & 3. *de off. procons. l.* 1. *de off. jurid. d. l.* 1. *C. de adopt.* Paul. 2. *sent.* 25. atque hujus quoque generis est tutoris datio, *l.* 6. §. 2. *de tut.* Ex quo loco apparet, lege concedi non tantum ea dici, quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio: sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta Prætori, Præsidi, &c. (2) Quæ jure Magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter Magistratui concessa sunt, non transeunt; quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate, quæ ad officium & jurisdictionem Magistratus, cui tributa sunt, necessario non pertinet, *l.* 1. *de off. ejus cui mand. l.* 8. *de tut. & cur. dat. d. l.* 2. & 3. *de off. procons.* Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure Magistratus*, accipias, etiam ea, quæ ita, uti diximus, Magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere haud absurde dixeris, *arg. l.* 1. *de jurisd. l.* 3. §. 5. *jud. solv. d. l.* 2. §. 1. *de off. procons.* utique accessione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum est. (3) In latiori autem hac significatione accipiendum, hoc quod hic dicitur, *secundum jurisdictionem*: quamquam hæc verba & alia interpretationem satis commodam admittunt; nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare posse, quam in quo jurisdictionem habet, neque aliis personis, quam quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per leg.* 1. *in fin. l.* 3. *de tut. dat. l. ult. de jurisd.* ut *secundum territorium jurisdictionis suæ*: puta Romæ dumtaxat, aut in vicinis urbis municipiis, *arg. l.* 5. *de confirm. tut.* D. Tulden. *hic. cap.* 3. *post.* Mys. & alios.

Præsides) Generali nomine Præsidis & Proconsul, & Præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, *l.* 1. *de off. præs.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l.* 1. *de tut.* & *cur. dat.* Præsides autem Prætores dicuntur, qui alias Legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præs.* nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. Dio. *lib.* 53. Sueton. *in Aug. cap.* 47.

Magistratus jussu Præsidis) Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati Magistratus municipales tutores dare potuerint; quamvis quoque hoc jus specialiter datum est, *l.* 3. *de tut. dat.* Sed ideo dicitur, quia non ante hoc jus usurpare poterant, quam rem ad Præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent, isque eam, quod forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remisisset, *l.* 1. §. *si præses*, 3. & *si curatores* 5. *de mag. conv.* Nec admodum dissimile est exemplum Legati Proconsulis, qui mandata demum a Proconsule jurisdictione tutorem dare potest, *l.* 13. junct. *l. pen. de off. procons.* nec tamen propter mandatam jurisdictionem, sed quia id ei specialiter datum est oratione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* ea nempe lege, ut id demum exercere possit, postquam ei mandata est jurisdictio, ut illa jurisdictionis delegatio tantum sit necessarium antecedens & causa sine qua non. VINN. Mandari non poterat tutoris datio. Diserte enim Ulpianus *l.* 8. *ff. de tut. & cur. dat. Nec mandante præside alius tutorem dare potest.* Unde recte Vinnius ait, suo proprio jure magistratus municipales tutores dedisse, quia id illis concessum oratione D. Marci *l.* 3. *ff. eod.* at non simpliciter, sed sine Præside tutorem dare jussi sint. Rem omnem præclare exposuit V. C. Ger. Nood. *de Jurisd. lib.* 2. *cap.* 8. *p.* 128. HEIN.

T E X T U S.

Jus Novissimum.

5. Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec exspectata jussione Præsidum, disposuimus, si facultates pupilli, vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel alias personas publicas, id est, Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis, tutores, vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda; videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

N O T A.

5. *Constitutionem*) Intelligit *l.* 30. *C. de Episc. aud.*

Quingentos solidos) Quod si pupilli majores sint quingentinariis, a Præsidibus dabitur tutor.

Defensores civitatum) De defensoribus civitatum vid. *lib.* 1. *C. t.* 55. *Nov.* 15. περὶ τῶν ἐκδίκων. Alc. 3. *disp.* 5.

Religiosissimo Antistite) Εὐλαβεστάτῳ ἐπισκόπῳ Th. in constitutione, θεοφιλεστάτῳ, *Deo charissimo*.

Juridicum) Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, *l.* 1. §. *de off. jurid.* δικαιοδότης exponitur in Basil.

COMMENTARIUS.

QUod jure veteri obtinebat, ut Magistratus municipales non aliter recte tutores crearent, quam si id facere a Præside jussi aut moniti essent; id ex parte a Justiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum liceat Magistratibus cum civitatis Episcopo tutores creare, Præsidis jussu non exspectato, *l. sancimus* 30. *Cod. de episc.*

ep[illegible] [illegible]. Ergo si majores sint pupilli facultates, jussus Prætoris, ut ante, expectandus erit.

Quinquaginta [illegible]) Solidum idem esse quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei, sive solidi efficiunt quinquaginta H. S. millia; nostræ monetæ Carolinos [illegible] mille quingentos. Vid. Brisson. & Hotom. in [illegible] de [illegible]. Ex professo autem hanc rem tractant Budæ[illegible], & item Hotom. *de re nummaria*.

Vel aliis publicis personis.) Id est, Magistratus; quos singulæ civitates more suo, atque instituto habent. Cujacius [illegible], constitutionem Justiniani exigere, ut legamus, *vel aliis publicis personis, vel Magistratibus*.

Juridicum Alexandrinæ civitatis) Cui etiam jam ante jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l. 2. de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l. 1. eod. t.*

Eorum periculo) Magistratuum nimirum minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur *t. de mag. conv.* §. 52. & *ult. inst. de satisd. tut.* quod nunc fere abiit in desuetudinem; ut illic notamus.

TEXTUS.

Ratio Tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse naturali juri conveniens est: ut is, qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutela regatur.

NOTÆ.

6. Naturali juri.) Tutela ortum a jure naturali sumpsit: quippe cui juri omnino consentaneum ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. *de off. cap.* 34. Incrementum autem & formam a jure civili.

COMMENTARIUS.

Tutela ex eorum numero est, quæ in genere & quasi in abstracto considerata, sunt juris gentium in specie, & concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, Cic. 1. *de off. c.* 34. Arist. 1. *pol.* quod & apud omnes gentes procul dubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus; potestatis, quam habet, circumscriptio. hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non sit) In calce §. *ult. præc. t.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili etiam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguius, non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant; post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.

NOTÆ.

Post pubertatem) Vel alio modo tutela finita; t. ff. *de tut. & rat. distr.* nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, *l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. t.*

COMMENTARIUS.

1. Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis suæ.

(1) HIC locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pand. & C.* copiose explicatur t. *de admin. tut.* add. Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. & *seqq. statut. Rhynland.*

Post pubertatem.) Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulp. *leg.* 9. §. & *generaliter* 4. *eod. tit.* quod absurdum sit, a tutore rationem administrationis negotiorum pupilli reposci, in qua adhuc perseverat: quam ob causam nec a curatore rationes curæ administratæ durante officium actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationes* 14. *C. de adm. tut.* Hoc dissimile est, quod curatores durante adhuc ratione singularium rerum nomine conveniri possunt, *l. 16. §. 1. de tut. & rat. distr. l. cum curatore 26. de adm. tut. l. 1. §. 8. in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio) In omnibus, quæ fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, tutelæ judicio rationem reddit, præstando dolum, & culpam & quantam in suis rebus diligentiam, *l. 1. de tut. & rat. distr.* nec potest hæc rationis reddendæ necessitas a patre testamento remitti, *l. 5. §. Julian. de adm. tut.* quamquam inventarii solemnis confectio prohiberi potest, ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. 1. C. de arb. tut.* de quo vid. Montan. *de jure tut. c.* 23. *reg.* 4. *de confect. inven. n.* 98. & *seq.* Moller. 1. *semest.* 39. Rationem reddere nostratibus est, *Rekening. Vemiis en reliqua doen*; idque facere nostro jure tutores tenentur non solum finita tutela, sed etiam quotannis; juxta *ar.* 44. *ad stat.* & ea quæ *in fin. d. c.* 9. nota; Grot. quod etiam per universam Germaniam observatur ex constitutione Caroli V. teste Schneid. *hic*. Vesemb. *par. de adm. tut. n.* 3. & jure Canonum jam ante obtinuisse, arguit *Clement.* 2. *de relig. dom.* & *cap.* 1. *de celer. ægrot.* Zypæus *not. jur. Belg. de tut. vers. tut.*

TITULUS VIGESIMUS PRIMUS.
DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. Lib. 26. Tit. 8. C. Lib. 5. Tit. 59.

Ratio Dispositionis.

Tria potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda, in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tuitio educationem, institutionem, defensionemque pupilli continet. In rerum administratione, tutoris officium est, ut omnia ex utilitate pupilli bona fide curet. Auctoritas ad ea pertinet, quæ pupillus ipse gerit; neque aliud est, quam probatio ejus, quod a pupillo geritur, *l. 3. h. t.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est, quam ut operi Isagogico inseri debuerit. In Pand. autem & Cod. diligenter exposita sunt *tit. de adm. tut.* Tantum §. *ult. sup. t.* levis quædam mentio facta est administrationis & reddendarum rationum: unde tamen ordinis ratio petenda vide-

videtur & continuatæ tractationis, arg. ordinis Pand. Duo autem hic docet Justinianus; quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas, & quomodo interponenda.

T E X T U S.

In quibus causis sit necessaria?

Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam causis non necessaria, ut ecce, si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam cum tutoris auctoritate, unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat: ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

N O T Æ.

Auctoritas tutoris) Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. Ulp. *tit.* 11. §. 24. id est negotium confirmant: hoc enim est auctorem fieri, *l.* 3. *hoc tit.*

Si quis dari sibi) Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet recte sibi dari, sine tutore stipulatur, *l.* 9. *pr. eod.* §. 9. *inf. de inut. stip. l.* 1. *C. de auct. præst.* aut aliquid sibi remitti, *leg.* 2. *ff. de accep.* & in universum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *ff. de acq. rer. dom.*

Si aliis promittat) Aut quid remittant, alienentve, *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit.* §. *ult. inf. quib. al. lic.* aut hæreditatem adeant, §. 1. *in eod.*

Meliorem conditionem facere) Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

Obligationes mutuæ) Qui contractus cum aliis initi ultro citroque obligationem pariunt; initi cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *leg.* 13. §. *propen. ff. de auct. empt. l.* 33. *ff. pro soc. l.* 1. §. *ult. ff. commod.* a patre autem pupilli claudicant συναλλάγματα.

COMMENTARIUS.

IN *quibusdam causis necessaria*) Ubi tutor ipse negotium gerit, supervacua est auctoritas. At pupillo gerente, quod aliquando necessarium est, puta si de servo manumittendo, aut de adeunda hæreditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *inf. eod.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ a pupillo geruntur, necessaria est; in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo, meliorem quidem conditionem suam facere possint etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non possunt, nisi cum tutoris auctoritate, *leg.* 9. *hoc tit. l.* 28. *de pact. leg.* 11. *de acq. rer. dom.* Et recte; nam ubi nullum incommodum metuitur, frustra expectatur tutoris auctoritas, quæ ad hoc solum comparata est, ut in metu periculi pupillo per eam consulatur. Quod si culpa tutoris in damnum inciderit pupillus, eo nomine tutorem obligatum habet judicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, vid. *inf.* §. *pupillus inut. stip.*

Si quid dari sibi postulantur) Nullum enim periculum est, stipulare, inquit ille apud Plaut. *in Pseudol. act.* 4. *scen.* 6. *v.* 14. Idem est, si paciscantur aut stipulentur, ut id quod debent, iis remittantur aut acceptum feratur, *d. l.* 28. *de pact. l.* 2. *de accept.*

Aliis promittant) Aut rem suam alienent; actionem remittant; quod eis debetur, repudient, debitam pecuniam solvant, creditam accipiant: *l.* 5. *l.* 9. *hoc tit. l.* 11. *de acq. rer. dom.* §. *ult. infr. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ) Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes; id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & aliis id genus: tam enim, verbi causa, obligatur emptor ad pretium solvendum, quam venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam vero nascitur obligatio ex una parte tantum, in mutuo solus obligatur, qui accipit; in stipulatione, qui promittit, *l.* 19. *de verb. sign.*

Qui cum iis contrahunt obligantur) Qui contractus cum aliis initi citroque obligationem pariunt; hi, si cum pupillo contractum sit sine tutoris auctoritate, ab uno tantum latere constant, eosque solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, pupillos non item, *leg. Julianus* 12. §. *antep. de act. emp.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat, suæ temeritati id imputare debeat, per *l. qui cum alio* 19. *de rej. jur.*

Non obligantur) Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *leg.* 1. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, *l.* 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventione saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inut. stip. sub.* §. *pupillus* 9.

T E X T U S.

Exceptio.

1. *Neque tamen hæreditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hæreditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

N O T Æ.

1. *Neque hæreditatem adire*) Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *hoc tit.* cujus rei non alia ratio quærenda, quam quod facto suo sine tutore se obligare non possunt, *d. leg.* 9. *pr. l.* 8. *ff. de acq. hær.* Non pertinet quidem hoc ad suos hæredes, beneficio tamen Prætoris abstinendum eadem causa, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 3. *inf. de hær. qui ab int.*

Neque bonorum possessionem, &c.) Bonorum possessionis & fideicommissi hæreditatis eadem quæ hæreditatis jure civili aut directo delatæ ratio, *inf. lib.* 3. *cap.* 10. *& lib.* 2. *tit.* 23.

COMMENTARIUS.

HÆreditatem adire) Pupillus hæreditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *leg.* 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam

quam quod facto suo sine tutoris auctoritate se obligare non potest, l. 8. ff. de acq. hered. l. 9. pr. h. t. At, inquis, potest conditionem suam meliorem facere, etiamsi tutor auctor non sit. Fateor, modo ne ipse obligetur; ideoque a parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα. Fieri autem non potest, ut pupillus hæreditate quæsita non obligetur ut heres creditoribus hæreditariis & testamentariis, illis ut defuncti personam repræsentans, his ipsa additione hæreditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus, aut legatariis imputetur, qui cum pupillo herede non contrahunt, sed in eum incidunt, quod & Menl. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hæreditas, multaque insuper in hæredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, l. 4. ad SC. Treb. Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, leg. 189. de reg. jur. Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hæreditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis hæredibus, quippe quibus ad acquirendam hæreditatem additione opus sit: nam sui hæredes sine facto suo ipso jure hæredes fiunt etiam ignorantes, leg. 8. de acq. hær. §. 2. inst. de hær. quæ ab int. def.

Neque bonorum possessionem) Ob eamdem nimirum rationem, quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, & in omnibus vice hæredum bonorum possessores habentur: de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poss.*

Hæreditatem ex fideicommisso) Et hoc eamdem rationem habet: nam cum restituta hæreditate actiones omnes, quæ hæredi in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hæreditatem susceperit; eo facto perinde obligabitur, ac si quamlibet hæreditatem adiisset. De fideicommissariis hæreditatibus tractabitur *inf. leg. 2. t. 23.*

Ne nullum damnum habeant) Melius meo judicio Cujac. Hotom. Vesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeant*, sine parenthesi; quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legisse etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

Quomodo interponi debet?

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero, vel per epistolam, aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

COMMENTARIUS.

Exponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l. 9. §. tutor. §. 5. hoc t.* Hinc modus, ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio, quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque peractum est, auctor fiat. Præsentia ideo desideratur, ut certo cognoscat tutor, quid negotii, quale fiat geratur: ac proinde non sufficit corpore præsentem esse, nisi & animo sit, & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod. junct. l. 1. in fin. & l. 2. eod.* Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est. Quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest: efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, *d. §. l. 9. §. ult.* Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper pure a tutore interponendam esse, non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.* VINN. Ratio, cur præsens in ipso negotio statim auctoritatem interponere teneretur, hæc reddi potest proprior, quod illa interpositio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet, quod non admittat conditionem, *l. 8. ff. hoc tit.* HEIN.

In ipso negotio præsens debet auctor fieri) Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut diserte scribit Ulp. *l. si quis 25. §. jussum. 4. de acq. hær.* Quamobrem hæc oratio vel sic resolvenda est, *tutor in ipso negotio præsens statim debet auctor fieri*. Ut intelligamus, & præsentiam tutoris in ipso negotio, dum adhuc geritur, requiri, & statim ut negotium perfectum est, auctorem fieri oportere; quod & arguit mox sequens illatio, *post tempus vero*, &c. Vel si hæc verba, *in ipso negotio*, ad illa *auctor fieri* referre malis, in ipso negotio fieri intelligi debet, non quod fit, cum nihil dum gestum est, (quid enim tum probet tutor?) sed quod fit, negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsente tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illud concludit ac firmat. Sic in *l. g. 1. de solut.* in solutione sive in re præsenti constituere dicitur, in quam causam solutum velit, qui statim atque solutum est, constituit. Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur. Autum. *collat. jur. in dict. leg. 9. tut. 5.* VINN. Vulgo huic §. 2. *hoc tit.* opponunt *leg. 25. §. 4. ff. hoc tit.* Ubi & perfecto negotio auctoritatem interponi posse, ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *observ. lib. 13. cap. 31.* Gothofredus in *Comment. ad reg. jur. 29. pag. 196.* ipsum Ulpiani textum sollicitat, & pro *perfecto negotio*, rescribi jubet *provecto negotio*. Acuta, sed minus necessaria correctio. Præsens tutor interponebat auctoritatem, sed perfecto negotio. Perfectum vero erat negotium, quando id peractum, a quo substantiam capiebat negotium, exemple grat. in stipulationibus, ubi congrue a pupillo responsum fuerat, auctoritatem interponebat tutor tamquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac subtilis quæstio in *Fragm. Regul. ex vetere JCto §. 15.* utrum, si femina absens manumittat, tutor auctor fieri debeat, cum femina scribat Epistolam, an, dum servus cognovisset dominæ voluntatem? Dubium enim erat, quo momento libertas ἀπαρτίζηται peragatur, id est quo momento perfectum sit negotium? HEIN.

TEXTUS.

Quo casu interponi non potest?

3. *Si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit: quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest; non prætorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore interveniente judicium peragatur; & eo peracto curator esse desinit.*

NOTÆ.

3. *Non prætorius tutor ut olim*) Moribus receptum fat-

fuerat, ut hoc casu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. t. 11. §. 23. propter solemnitatem judiciorum, *l. 9. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

JUdicio agendum sit*) Nec plures sint tutores, alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, *l. si plures 24. de test. tut.* Intellige autem, si judicio agendum sit de aliis rebus quam de administratione tutelæ: nam tutelæ agi nisi finita tutela non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest) Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *l. 1. & 7. h. t.* quemadmodum nec judex quisquam, aut testis in sua causa esse potest, *l. 10. de jurisd. l. nullus 10. de test.* Et in casu proposito hoc alioqui absurdi evenire, ut idem in eodem negotio & auctor esset & reus. At enim nihil prohibet auctoritas, quominus negotium per consequentias etiam tutori geratur, *d. l. 7.* quod exemplo declaratur, *d. leg. 1.*

Non prætorius tutor) Prætorianum appellari scribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo legitimo judicio agere vult, *tit. 11. de tutel. §. moribus 24.* Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet, tutorem ad certam rem vel caussam dari, *§. pen. sup. qui test. tut.* item alterius, qua traditur, *§. interdum 5. inf. de curat.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Cur autem necesse fuit hoc casu tutorem dari? Nimirum quia judicia erant solemnia & ordinaria: ad ea autem, quæ solemnitate juris desiderant explicanda, tutore auctore opus erat, *l. curatorem 19. hoc tit. l. cum in una 17. §. 1. de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur) Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemni veterum formularum ritu: *inst. de succ. subl. & tit. de interd. §. ult. & C. de form. & imp. sub.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo, Tribonianum verbum *curatoris*, in locum *tutoris* subjecisse in *lib. 3. 4. 5. de tut. 24. de test. tut. & simil. loc.* Jure novo hæc disputatio pene supervacua est, quo vetuit Justinianus debitorem creditoremve pupilli tutorem creari, eique, qui pupillo, aut cui pupillus post cœptam tutelam debere cœpit, perpetuum curatorem adjungi voluit, *Nov. 27. c. 1. & 2.* Dixi autem pene: quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos. DD. *in auth. minoris, C. qui dar. tut.* Schneid *hic n. 5.* Mont. *de tut. c. 9. n. 67. & seqq.* atque ita judicatum refert A Fab. *C. tit. 20. lib. 5. def. 1.* Sand. *lib. 2. tit. 9. def. 1.* Mynsingerus item excipit ex inquisitione datos: quod vix est ut probare possim. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, *auth. ad hæc Cod. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut Curia Frisiæ censuit, teste Sand. *de lib. & tut. defin. 2.*

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Cod. Lib. 5. Tit. 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

DIctum est, quibus modis tutela constituatur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quamdiu perseveret, quibusque modis finiatur. Modi finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque. Item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarumdam; sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur, aut ipso jure, aut interventu Magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque, cum puberes esse cœperint, a tutela liberantur. Pubertatem autem Veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in feminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hic etiam in masculos extendere. Et ideo nostra sancta constitutione promulgata, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illico initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in feminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viri potentes esse credantur.

NOTÆ.

Sed etiam ex habitu corporis) Priscus eum puberem esse dicebat, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum. Ulpian. *tit. 11. in fin.*

Inspectionem habitudinis corporis) Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Romanis moribus indignam esse existimant.

Nostra constitutione) Extat *in l. ult. Cod. quand. tut. vel cur. esse desin.*

COMMENTARIUS.

1. *Longe ante tempora Justiniani receptum fuisse, ut pubertas etiam in masculis ex annis æstimaretur.*
2. *Suspectum auctori esse, quod scribit Tribon. de nudorum corporum inspectione.*
3. *Vim generationis in feminis citius incipere quam in maribus.*
4. *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari feminarum.*
4. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

CUM puberes esse*) Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, *l. 1. Cod. quand. tut. vel cur.* Hinc puberes etsi curatorem accipiant, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, *inst. de pup. substit. in pr. l. §. §. 1. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis) Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret; teste Ulp. *tit. 11. de tut. in fin.* (1) Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse, scribit Justinianus *hic*, *& in l. ult. C. quand. tut. vel cur.* Sed profecto longe ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui ali-

aliquot sæculis ante Justinianum vixit, in *lib. de veland. virg.* aperte testatur, *Romanos pubertatem in annis, non in lineamentis, aut nuptiis decernere*; hoc est, ex annorum numero, non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. cap. 7.* sic scribit: *secundum jura publica duodecimus annus in femina, & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem*. Idem *in somn. Scipion. lib. 1. c. 1.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi*. Idque & Ulp. noster expressis verbis confirmat, *leg. 2. de vulg. & pup.* indeque est quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimum quartum, feminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.*

2 *Inspectionem habitudinis corporis*) Numquam mihi persuaderi potest, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse: neque est Veterum quisquam, qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & apud Quintilianum *lib. 4. Inst. orat. 2.* legimus, dubitatum fuisse, ex habitudine corporis, an ex annis pubertas metienda esset; non de turpi aliqua nudorum corporum inspectione accipiendum est; sed de externo corporis aspectu, & vigore; ut is ex quorumdam sententia (quæ tamen non obtinuit) pubes haberetur, qui figura ac dispositione totius corporis liberorum procreationi idoneus videretur, fac. *l. 4. C. qui test. fac.* Etenim habitus sive habitudo Latinis Scriptoribus σχῆμα & formam corporis significat. Cic. pro *Cæl. c. 24. Quintus Metellus, cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus*. Liv. *lib. 4.*

Fœdior corporis habitus, pallore ac macie perempti.

Terent. *in Eunuch. act. 2. scen. 3. v. 11.*

Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?

Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat integram corporis constitutionem. Unde & eos qui obesiore erant corpore, habitiores dicebant, Terent. *Eunuch. act. 2. scen. 4. v. 22.*

Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.

Plaut. *Epid. act. 1. scen. 1. v. 8.*

Corpulentior hercle, atque habitior.

Rævardus 4. *var.* 10. existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonium definiri vult per judicem nudos omnino mares, nudatasque usque ad pubem feminas inspicientem; Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomannus & Ant. Matthæus *Coll. Inst. 2. disp. 2.* auctoritate Quintiliani, qui *declam. 279.* scribit, nudari corpora puerorum, & ab judicibus inspici. Sed conficitum hoc esse non dubito, ut fere fit in Scholasticis exercitationibus. VINN. Similia olim mihi in mentem venire *lib. 1. Antiqu. Rom. hoc tit. §. 2. seq. pag. 224.* Sed videtur, sis, Viri amplissimi Corn. Bynkersh. *obs. lib. 3. c. 24.* Deinde ante Justinianum adeo certum non fuisse pubertatis terminum, vel inde patet, quod ipsi patres annum pubertatis liberis testamento præfinirent, modo decimum quartum, uti in *l. 49. ff. de legat. 1. & l. 22. ff. quando dies leg. ced.* modo decimum sextum, ut in *l. 34. §. 2. ff. de leg. 3. l. 36. §. 1. l. 48. ff. de cond. & demonstr. l. 46. ff. ad SC. Trebell.* modo decimum octavum, ut in *leg. 101. §. 3. ff. de cond. & demonstr.* Et hinc est, quod Paulus Apostolus heredem pupillum sub tutoribus esse ait ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρός. *Gal. IV. 2.* Vid. Merill. *Obs. lib. 5. cap. 16.* HEIN.

(3) *Post duodecim annos*) Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti sunt: ideoque cum vis generationis in feminis citius incipiat, quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrob. *lib. 1. somn. Scipion. c. 6.* scribit: *de tutela*, inquit, *feminæ propter votorum festinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur*. Quod autem generationi citius admoventur: id idem Macrob. *7. Saturn. 7.* infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici etiam hanc rationem afferunt: quod facilius est pati, quam agere; in generatione autem femina passive se habet. In universum autem, ut scribit Arist. *7. de hist. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀῤῥένων καὶ ἡβᾷ, καὶ ἀκμάζει, καὶ γηρᾷ. 4) Alia ab hac pupillari feminarum tutela fuit muliebris, de qua Ulp. *in fragm. 11.* Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad judicia, ad dictionem dotis; ad alienandas res mancipii. Ulp. *dict. loc.* Nisi dicamus ex jure veteri hæc referri, quo jure mulieres perpetua tutela continebant, teste Boetio in *Top. Cod.* Nam non temere loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in feminis anno duodecimo finiri, & curatorem succedere, a Triboniano interpollata dixerim, quamvis id affirmaret Rævard. *2. var. 10.* Obstat enim locus Macrobii modo citatus: & Boetius expresse de jure antiquo loquitur. (5) Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitime tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos impleverint. D. Gudelin. *in fin. lib. 1.* Christin. *vol. 3. dec. 184. n. 14. & 16. & vol. 6. decis. 82. n. 9.* Montan. *de tutel. c. 37. n. 86.* Groenev. *de legibus abrog. hic*: quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur Gail. *2. obs. 96.* Paul. Busius *ad l. 1. n. 1. de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro hic.

TEXTUS.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela, si adrogati sint adhuc impuberes, vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur, vel si ab hostibus captus fuerit.*

NOTÆ.

1. *Deportati*) Quia cives esse desinunt, *§. 1. sup. quibus mod. jus patr. pot.* Nota, etiam impuberes deportari posse, nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l. 111. de reg. jur. l. 14. ff. ad SC. Silan.*

COMMENTARIUS.

Secundo finitur in pupillo tutela quamvis capitis deminutione: sive enim adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem redactus; tutela extinguitur, *leg. 14. pr. & §. 1. & 2. de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hic modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur, *§. 5. infr. eod.*

Adrogati sint) Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt; nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *supr. de tut. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet.

Vel deportati) Quod ob delictum iis contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, *leg.*

pupil-

pupillum 11. *de reg. jur.* §. *pen. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem, deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis, quæ juris civilis sunt, qualis est tutela, haberi, §. 1. *sup. quibus mod. jus patr. pot. solv. l.* 17. §. 1. *de pœn.*

In servitutem redigatur) Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitudinem patrono iterum in servitutem tradatur: quo exemplo utitur Theophilus. idque fortiori ratione quam si deportatus sit; quia cum civitate simul & libertatem amittit, §. 1. *sup. de cap. dem.*

Si ab hostibus captus) Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit; nam postliminio reversus procul dubio recedit in tutelam.

TEXTUS.

De conditionis eventu.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æque evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

NOTÆ.

2. *Testamento*) Additum, quia a Magistratu ita non datur, *l.* 6. §. 1. *ff. de tutor. l.* 77. *de reg. jur.*

Existente conditione) Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

COMMENTARIUS.

Usque *ad certam conditionem*) Vel usque ad certum tempus: nam ut ad certam conditionem testamento datus, existente conditione tutor esse desinit; ita datus ad certum tempus, finito tempore deponit tutelam, *l.* 14. §. *ult. de tut. l.* 8. §. 1. & 2. *de test. tut.* §. *pen. inf. h. t.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius est tutelæ testamentariæ, ut diximus *sup. qui test. tut. dar.* §. 3. Est & modus, qui huc pertinet, quo finitur tutela Attiliana. Nam si ex die aut sub conditione testamento tutor datus sit, is, qui interim a Magistratu datus est, veniente die aut existente conditione, tutor esse desinit, §. 1 *sup. de Attil. tut.* add. quæ ad §. *ad certum tempus* 3. *sup. qui test. tut. dar.*

TEXTUS.

De Morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutorum.*

COMMENTARIUS.

Hic modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet: eo autem maxime spectat ut intelligamus, pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum, quæ post mortem supersunt, tutelam perseverare: mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non succedere, *l. antepon. de tut. leg. ult.* §. 1. *de mun. & hon. l.* 4. §. 1. *ff. de tut. & rat. distr.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

4. *Sed & capitis deminutione tutoris, per quam libertas, vel civitas amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se adrogandum dederit, legitima tantum perit: ceteræ non pereunt: sed pupilli & pupillæ capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit.*

Vinnius in Institut.

NOTÆ.

4. *Legitima tantum perit*) Agnatorum scilicet hodie id non obtinet: quia jure novissimo in totum sublata est agnationis & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam hæreditatem, tum tutelam vocati, *Nov.* 118. *cap.* 5.

COMMENTARIUS.

Per *quam libertas vel civitas*) Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad* §. 1. eamdemque in tutore, quam in pupillo, rationem habet.

Legitima tantum tutela perit) Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, §. *ult. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc numquam pertinuit, Ulpian. *in fragm. tit. de tutel.* §. 1. Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus sub *d.* §. *ult. de leg. agn. tutel.*

Licet minima sit) Is qui in potestate Patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *supr. qui test. tut. dar. in pr. l. filiusfamil.* 9. *de his qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est, cur pupillo adrogato tutela pereat, tutor non item.

TEXTUS.

De Tempore.

5. *Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo, deponunt tutelam.*

NOTÆ.

6. *Ad certum tempus*) V. gr. ad biennium, *leg.* 13. §. 3. *ff. de tutel.*

COMMENTARIUS.

Dixi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela ullo jure proprie quæsito consistit: alioquin tempore ipso jure non finiretur, *l. obligationem* 44. *de oblig. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporalia, ita & ipsa cum factis incipere & finiri possunt: argumento sit ususfructus, *leg. fun.* §. *pen. quand. dies usq. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excusatione.

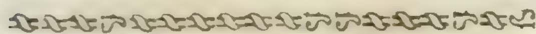
6. *Desinunt etiam tutores esse, qui vel removentur a tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus.*

N O T Æ.

6. *Se excusant*) In perpetuum, non ad tempus, §. 5. *tit. seq. l.* 10. *l.* 16. *ff. de tut. dat.*

C O M M E N T A R I U S.

PRoponuntur hic duo modi, quibus tutela finitur, non ipso jure, ut superioribus, sed interventu Magistratus: excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat; suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed & quam susceptus quis postulari & removeri potest, antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen.* de suspectis tutoribus *tit. ult. hujus libri*.



TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & summa Tituli, tum genera curatorum distincta.

TRansit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. supr. de tutel.* quod eos complectitur qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscue, quibus, & a quibus, quando, & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nulla personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituuntur; puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui in utero est ut domini, qui ab hostibus captus sit, *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas; qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum: dantur enim vel propter ætatem ejus qui in curatione sit; vel propter animi aut corporis morbum. In priore genere sunt minores 25. annis: in posteriore furiosi, prodigi, mente capti, muti, & surdi, & qui perpetuo morbo laborant. Quamobrem sic recte definitur curatio: potestas jure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facile intelligere poteris, & quæ communia sint curæ cum tutela, & quæ discrepantia: maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

T E X T U S.

De adultis.

Masculi quidem puberes & feminæ viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia, licet puberes sint; adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possint.

N O T Æ.

Ad vicesimum quintum annum) *leg.* 1. *in fin. ff. de min.* post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀκμὴ [illegible] e Cujac. ad *d. l.* 1.

Curatores accipiunt) Nisi ætatis veniam a Principe impetraverint, *C. de his qui ven. æt. imp.*

Negotia sua tueri) Et ideo quamvis in tutelam suam venit, sui potens est, κύριος ἑαυτῆς: nondum tamen est, κύριος τῶν αὐτῆς, Fabr. *l.* 20. *ff. de rit. nupt. l.* 8. *C. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur tutela in feminis citius quam in maribus finitur? cur eadem ætate in utrisque?*
2. *Quare feminæ biennio maturius quam masculi ætatis veniam impetrare possint?*
3. *Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum?*
4. *Quando dies cæptus pro completo habetur, & contra?*
5. *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi?*
6. *Cur tam curiose de curatore adolescentibus dando caveatur: cum nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur?*

USque ad vicesimum quintum annum) Tutela in maribus tardius finitur quam in feminis, quia feminæ, ut superius dictum est, citius pubescunt. (1) At cura in utrisque eodem tempore finitur; nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est, cur feminæ maturius quam masculi cura liberari debeant: cum potius diuturnorem cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentes honestate morum præditi post annum vicesimum, feminæ, quas morum honestas mentisque solertia commendat, post annum octavum decimum, ætatis veniam a Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent: ac tum quidem in integrum non restituuntur, *l.* 1. & 2. *C. de his qui ven. ætat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum cæteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l.* 3. *C. d. tit.* (2) Cur autem hoc feminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Bredero dius *in not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖστον infirmius sit virili; tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quod vehementiores multo in feminis affectiones sint, quam in viris. (3) Moribus patriæ non solum Princeps aut summus Magistratus, sed etiam Curia provincialis, ætatis veniam concedere solet, aliique judices ordinarii, quibus id facere jure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione judicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem a supremo Magistratu expresse indultum sit, auctore Grot. 1. *man.* 10. Vid. Groenev. *de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. ætat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, consuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt; hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimum quintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione sit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiscue appellatur *Voogdye*, aut *Momberschap*, & tutores

tores curatoresque *Voogden* aut *Nombours*, pupilla & minores indiscriminatim *VVeezen*. Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quamquam tunc ex causa a judice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cum ætate finita est, Grat. *d. loc.* Statuto Leidensium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita a Magistratu tutelari dimissus, *art.* 141.

Completum) Curatio non finitur nisi anno vicesimo quinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est, ut tempus a momento in momentum spectatur; nam si postremo vicesimiquinti anni die cœpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, *l. 3. §. minorem 3 ff. de minoribus*. (4) Ad quem locum Glossa notat diem cœptum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, *l. 6. de usucap.* in testamenti factione, *leg. 5. qui testam. fac.* in manumissionibus, *leg. 1. de manumiss.* quo etiam pertinet *leg. anniculus 134. de verb. signif.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, *leg. 8. de mun. & hon.* Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi; diem cœptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, *leg. 6. de oblig. & act.* in vacatione tutelæ, *leg. 2. de excus.* & in casu proposito; ita & Costal. ad *leg. 3. §. 3. de minor.* (5) Cur autem placet ætatem 25. annorum finem afferre curationi; docet nos Ulp. *l. 1. 1. §. 2. dict. tit. quia*, inquit, *post hoc tempus compleri virilis vigor*; conveniens er sententiæ Physicorum, qui tradunt, anno vicesimo quinto, quo corpus crescere desinit, etiam animam ad summum perfectionis suæ gradum pervenire, eaque demum ætate evidentia vigoris animi & constantiæ mentis vestigia emergere; conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione aut perturbatione, cui adolescentes obnoxii. Quamobrem & justa, & perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμὴ dicitur. Pulchre D. Cujac. *de minor. in pr.* add. Magir. *6. Physiolog. 5.* Quamquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος, tamen ex his, quæ diximus, abunde patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris mere positivi, ut existimat Bachovius. VINN. Immo esse videtur juris mere positivi, nec magis naturalis ratio movit Romanos, ut anno ætatis XXV. minorennitatem finirent, quam Saxones, ut anno XXI. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quinavicenaria* dicitur Plauto in *Pseud. act. 1. scen. 3. v. 69.* Annum vero potissimum XXV. electum arbitror a Lætorio, quia vulgo Romani longissimum humanæ vitæ spatium C. annis circumscribebant, *leg. 56. ff. de usufr.* Plin. *lib. 7. Hist. nat. cap. 4.* Sen. *de brev. vitæ*, c. 3. Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis XXV. finiri existimabat. Observationem hanc collegæ olim conjunctissimo Nic. Hieronymo Gundlingio, me debere lubens fateor. HEIN.

Adhuc tamen ejus ætatis sunt) Constat inter omnes, ait Ulp. *l. 1. pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætate consilium; multorumque captionibus & insidiis expositum: ideoque Prætorem naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri, *& in fin. d. l. 1.* addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum curatorum auxilio regi. (6) Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiose cavere, cum si capti fuerint, Prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis minus subveniat qui curatorem habentes eo auctore quid gesserunt? *tot. tit. C. si tut. vel cur. int.* Nimirum magis decorum atque honestum visum est, in tempore occurrere & providere, ne minores capiantur, quam ut assiduis implorationibus tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur, ut non tam facile lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare: quamquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantum ante curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris, vel interventu Magistratus, ut excusatione, remotione.

TEXTUS.

A quibus dentur Curatores?

1. *Dantur autem curatores ab eisdem Magistratibus, a quibus & tutores. Sed curator testamento non datur: datus tamen confirmatur decreto Prætoris vel Præsidis.*

NOTÆ.

1. *Testamento non datur*) *l. 6. ff. de confirm. tut. l. 2. C. eod.* Lege 12. tab. permissum parenti non curatorem, sed tutorem testamento dare.

COMMENTARIUS.

Ab eisdem Magistratibus) Igitur Romæ a præfecto urbi vel prætore: in provinciis a præsidibus: in municipiis aut agris municipiorum a magistratibus municipalibus, juxta distinctionem traditam, §. *nos autem 5. sup. de Attil. tut. l. 3 ff. de tut. dat.*

Testamento non datur) Idem traditur in *l. 7. C. de test. tut.* At quamobrem? Nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt; de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit: scilicet qui ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, *l. 2. de vulg. & pup.*

Datus tamen confirmatur) Sive a patre, sive a matre datus sit: & confirmatur proinde ut tutor testamento non legitime datus, *l. 1. in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de confirm. tut. l. 2. C. d. eod.* ac proinde naturam sapit testamenti, *l. 7. ff. rem. pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento dati confirmationem post constitutionem M. Antonini primum introductam fuisse, qua cavit, ut omnes adulti curatores acciperent, secundum ea, quæ mox dicemus.

TEXTUS.

Quibus dentur?

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.*

NOTÆ.

2. *Inviti adolescentes*) Et ideo ipsi soli sibi curatorem petere poterant, *l. 1. §. ult. ff. qui pet. tut.* Ubi autem petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debent: ita cape *l. 1. in f. ff. de min.*

Præterquam in litem) Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, *l. 2. C. qui leg. pers. stand. in jud.* Vid. fusius in Comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*
2. *Responsio ad loca, quæ in contrarium afferuntur.*

HIC locus quanquam in foro nullum usum habet; constat enim, adolescentes etiam invitos hodiernis moribus curatores accipere; tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus expositio. Ait, *inviti*. In quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia eius ætatis [illegible] negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulp. qui in *l. 1. §. ult. de min.* expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non [illegible]; quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant; auctore eodem Ulp. *l. 3. pr. dict. tit.* [illegible] *1. var. 17.* & Cujac. *in l. 1. de excus.* socordiam Triboniani accusant, (1) qui ex veteri jure legis Lætoriæ hic repetiverit quod jampridem constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum, & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifeste evincitur, etiam post Divi Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian. scribit, *l. 2. 12. in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere. Et quod Modestin. *l. 2. §. penult. & ultim. qui pet. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Imperatores Diocletianus & Maximianus Atiano minori rescribunt, *l. 2. [illegible] in integr. restit.* interesse, utrum is curatorem habeat, an non habeat; si habeat, contractum ab Atiano initum [illegible]; si non habeat, sub[illegible], impetrandamque esse restitutionem in integrum. Denique non uno in loco invenias, adolescentes sine curatoribus [illegible], ut in *l. 7. §. 2. de min. l. mutuo [illegible] §. 3. de proc. [illegible] l. 7. C. qui & [illegible]*. Vix [illegible], nisi a capite rem arcessamus. Igitur cum lege 12. tabularum de curatoribus propter ætatem adolescentibus [illegible] nihil cautum esset, neque certum [illegible] cautiones & circumscriptiones, [illegible], introductum: lata postea est [illegible], [illegible] & circumscriptioni adolescentium [illegible], atque in [illegible] curatores [illegible] dari; non [illegible] tamen, sed [illegible], qui ingenio [illegible] sue non satis [illegible]: & [illegible], quas [illegible], & [illegible], qui curatorem iis dari postularet. Quod quoniam odiosum erat, & pudorem eorum, quibus curator dabatur, sugillabat; tandem M. Antonius Philosophus de curatoribus ita statuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*, auctore Capitolino *in Marco. cap. 11.* Horum autem verborum hunc esse sensum apparet, ut deinceps ex constitutione Antonini omnes adolescentes indiscriminatim curatores accipere possent, remissa necessitate allegandi & probandi causas, ob quas peterentur; quod exigebat lex Lætoria: non inquam, ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis, si vellent, curatorem habere possent. Meminit legis Lætoriæ etiam Cicer. *3. de offic. cap. 15. & 3. de nat. Deor. cap. 20.* Plautus *in Pseud. act. 1. scen. 3. vers. 69.* (quinam vicenariam appellat, ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniano incusemus oscitantiam, cum ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes acceperint. (2) Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus §.* junct. *leg. 2. §. penult. & ultim. qui pet. tut. vel cur.* cui & subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est. Ulpianum autem *leg. 1. §. ult. de min.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis, ut minores, quibus petentibus semel curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant; nec possit Magistratus eum, quem semel curatorem dedit, a munere suo removere, minoribusque od id, quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, *arg. l. 2. & 3. in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi Magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur, & improbant; quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere; adi & Franc. de Amaya *lib. 1. observ. jur. cap. 9.* VINN. Quum crucem figat hic paragraphus viris doctissimis: rem exemplo Vinnii nostri a capite arcessemus. Legibus XII. tabularum soli furiosi accipiebant curatores. Nam quamvis vulgo & prodigos addant ob *leg. 12. ff. de cur. furios. §. 3. Instit. hoc tit.* & Ulpian. *fragm. tit. 12. §. 1.* Vix tamen dubitaverim, quin id intelligendum sit eodem modo, quo & legitima patronorum tutela e XII. tabulis repetitur, *§. unic. de leg. patr. tut.* Nam in *leg. 1. ff. de cur. furios.* moribus id initio introductum esse scribitur, id est, ut ego interpretor interpretatione prudentum, qui furiosis adsimilabant prodigos, quia & ipsi furiosum rerum suarum faciebant exitium *leg. 12. §. 2. ff. de tut. dat. l. 1. pr. ff. de cur. furios.* Quia ergo curatio quodammodo ignominiosa habebatur, ei non suberant adolescentes, nisi peterent, idque cautum fuerat lege Lætoria. Vulgo quidem existimant, hac lege tantum adolescentibus dementibus & lascivis datos esse curatores; eamque sententiam ipse sequutus sum in *Antiq. Rom. l. 1. tit. 23. §. 6.* sed sic vix novi quid sanxisset M. Antoninus, quum jam pridem omnes dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabularum earumque interpretamentis acceperint: Fefellit ergo pierosque locus Julii Capitolini *in vita Marci, cap. 10. De Curatoribus vero quum ante non nisi ex lege Lætoria, vel propter lasciviam vel propter dementiam, darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis*. Verum non dicit Capitolinus, ex lege Lætoria tantum dementibus & lascivis curatores datos esse, sed ante Antoninum duo tantum genera curatores, alios ex le-

ex lege Lætoria datos esse adolescentibus, alios ob lasciviam ex moribus, alios ob dementiam ex legibus XII. tabularum. Addi deinde, quid novi sanxerit Antoninus, nimirum, *ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis*. Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adolescentes non omnes, sed, qui peterent, & quidem causa probata. Adolescentes ergo non inviti accipiebant: sed petentes. Petendi vero plures esse causæ poterant, quia nemo temere cum minoribus vellet contrahere, & horum tamen interesset, ut contractus iniretur. Quum vero plerumque curatores peterent, si quando contrahere vellent æs alienum: sapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis causis*. Procul dubio enim inquisivit prætor, quod negotium explicaturus esset minor, & an expediret illi curatorem dari. Talis fuit lex Lætoria. An aliter Marcus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere jussit, non redditis causis. Recte ergo *leg.* 33. *C.* 1. *ff. de admtnistr. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum, curatoribus constitutis, finem accipere*. Recte in *l.* 3. §. *ff. de min. omnes adolescentes in ætatem usque XXV. annorum curatorum auxilio regi*, dicuntur. Ita enim omnino sese res habere cœpit post Marci constitutionem. Quid ergo de verbis Justiniani, qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib.* 1. *variar. cap.* 17. inscitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoria antiquum pro novo & recepto obtrudentem? Quasi vero verisimile sit, Tribonianum in re dupondiis nota errare potuisse. An cum Vultejo §. *nostrum* de curatore in litem, vel cum Vinnio *l.* 1. *ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit, interpretabimur? An neutram conciliandi rationem verba admittere videntur? Potius dixerim, etiam post Marci constitutionem non nisi petentes accepisse curatores: eumdem tamen Imperatorem voluisse ut omnes acciperent. Prius ex *leg.* 13. §. *ultim. ff. de tutor. & curat. dat. leg.* 2. §. *penult & ult. ff. qui pet. tut.* posterius ex Julio Capitolino patet. Invenieda ergo erat ratio, qua adolescentes veluti cogerentur curatores petere. Et id eo modo facile fiebat, quod non prius tutela finita crederetur, quam quis curatorem petiisset. Quo pertinent *leg.* 33. §. 1. *ff. de admin. & per tut.* & *l.* 5. §. *ff. eodem*. Non ergo obtrudebatur curator invitis; sed dabatur potentibus. Petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant, quam petiissent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curatelæ minorum ignominiosi quid inesse videbatur, *l.* 3. *Cod. de in integr. restit.* Atqui multi adolescentes, inquis, olim sine curatoribus res suas administrarunt: idque discimus ex *l.* 7. §. 2. *ff. de minor.* & *l.* 3. *Cod. de in integr. restitut.* Respondeo id ad factum, non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum, qui tutores petere tenebantur, sine custodibus erant, uti ex toto titulo, *qui petant tut. vel curator.* colligimus: non tamen inde sequitur, ut existimemus, in arbitrio fuisse impuberum, sine tutoribus agere mallent, an custodi subesse. Hæc paullo prolixius, quia vulgo parum accurate traduntur. HEIN.

Præterquam in litem) Sive litem minor intendat, sive excipiant, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud.* Quo ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius eluforio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *leg. contra* 54. *de re iud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori solvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* si is, qui tutor fuit, rationem administrationis suæ redderet, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam) Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur; una est, quod curator non detur invito, tutor invito detur, *leg.* 6. *de tut. & cur.* altera, quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest, §. *certæ* 4. *sup. qui test. tut. dat.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

TEXTUS.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosis quoque & prodigis, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt adgnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ Præfectus urbi vel Prætores, & in Provinciis Præsides, ex inquisitione eis curatores dare.*

NOTÆ.

1. *Furiosi quoque*) *leg.* 1. *ff. de cur. fur.* Ulp. *tit.* 12. §. 1. Cic. 2. *de invent. cap.* 50. & 3. *Tusc. cap.* 5.

Prodigi) Quibus dissolute viventibus bonis interdictum, *l.* 6. *de verbor. oblig.* §. 2. *inf. quib. non est permiss. fac. testam.* Ulp. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Prodigone ipso jure, sive ipso, quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur sententia Magistratus?*

NON uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successionis, *l.* 1. *de legit. tut.* Cura autem magis ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis quem velint sibi hæredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitatem, a lege curatores dentur: nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis quam impuberes testamentum facere possunt, certos habent agnatos, quos ideo & curarores esse lex voluit.

Licet majores) Eo magis igitur, si minores sint. Nam lex omnes furiosos & prodigos, solis pupills exceptis, in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatorem accipere cœperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari; non propter furorem, sed propter ætatem, *l.* 3. §. 3. *de tutel.* Quem locum non videtur inspexisse D. Bachov. sed principium dumtaxat *d. l.* 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Fab. 1. *jurispr.* 12. *pr.* 1. *illat.* 6. contendit, *d.* §. 1. Triboniani esse, & a juris ratione alienum: nam cum curator minoris, non personæ, sed rebus detur; furiosi contra personæ, interesse furiosi, quasi furioso potius, quam quasi adolescenti curatorem dari. Bella ratio. Credo, ne alioqui nuptiæ a furioso sine consensu curatoris contractæ ratæ sint; aut ex negotio gesto saltem cum auctoritate curatoris obligetur. Ex professo cum Fabro congreditur eximius Jurisconsultus Branc. de Amaya *l.* 1. *obs. jur. cap.* 7.

Ex lege duodecim tabularum L. 1. *l.* 12. *de cur. fur.* Ulp. *t.* 12. §. 1. Verba legis citat M. Tullius *l. de inven. c.* 50. *& 3. Tusc. c.* 5. *Si furiosus existat: agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse propter successionis emolumentum, quod ut furioso ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. tut.* [illegible], quamquam apud nostros hujusmodi distinctio non reperitur. Prodigum definit Ulp. *d.* [illegible] *l.* 1. eum, qui neque modum neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit.

11 Unde vulgo quæri solet: an prodigus intelligendus sit qui facto talis est; an vero decretum Magistratus expectandum; hoc est: an ipso jure & lege 12. tabularum dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur; an vero tum demum, cum talis esse sententia Magistratus declaratus est? Dicendum, eum, qui moribus talis est, qualis in *d. l.* 1. describitur, revera quidem & ethice prodigum esse; (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia judicis, sed propriam naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarum administrationem non ante politice & effectu juris prodigum haberi, quam ei administratio causa cognita decreto Magistratus ei adempta sit; cujusmodi decretis extat vetus formula apud Paul. 5. *sent* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis; hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicere: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate Magistratus, quod prodigos esse causa cognita constabit; eumque, cui bonis publice interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. t.* §. 1. *fac.* §. 2. *inf. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. *de cur. fur.* qui tamen & legi interdici bonis dicitur, *d. l.* 1. *de cur. fur. l.* 18. *qui test. fac. l.* 5. §. 1. *de acq. hær.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia a lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

—— *Interdicto huic omne adimat jus*
Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.

Furiosi alia ratio est. Nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis a Magistratu interdicatur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus Magistratum cognoscere & pronuntiare oportet, ne quis temere in hominem sui juris & liberalem forte magis quam prodigum potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reversus, desinit in ipso jure esse in curatione, *d. l.* 1. *de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem Magistratus, utique necesse est; ut publice & aperte de eo constet, uti communiter DD. nostri teste Angelo statuunt. Atqui hoc etiam concedo: si quis contraxerit cum manifeste luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico male consumpturum dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l.* 7. *pro emp.* Vigl. *in* §. 2. *inf. quib. non est perm. test. fac.* Mynf. *hic* Gail. 2. *obs.* 51. Paul. Bur. *ad l.* 6. *de verb. obl.* Ant. Fab. *Cod. suo de cur. fur. def.* 7. Duaren. 2. *diff.* 8. *n.* 8. D. Tuld. *hic c.* 4. *& ad* 1. *Cod de cur. fur.* Christin. *volum.* 1. *dec.* 163.

Nostris moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio; teste Grot. 1. *manud.* 11. add. Jod. Damhoud. *c.* 8. *de tut. & cur. munit. num.* 26.

Sed solent, Romæ) *L.* 1. *de cur. fur. l.* 8. §. *ult. de tut. & cur. dat.* Qua tamen in re, quam minimum potest, Magistratus a lege duodecim tabularum recedit: nam aliis administrationem dare non solet; nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l.* 13. *de cur fur.* ut non absolute hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

T E X T U S.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

COMMENTARIUS.

Mente captis) Furiosus utique & mente captus, hoc est, demens, sive amens: nam furor definitur a Cic. 3. *Tusc.* est *mentis ad omnia cæcitas.* Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre* 27. §. *coram* 5. *de recept. arb. l.* 2. *de inoff. test. leg. ult.* §. 1. *Cod. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l.* 8. *de tut. & cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.* mente captus ἄνους, ἄφρων; furiosus μανιώδης, Cic. *in Pison. cap.* 20. *Ego te non recordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste, aut Athamante dementiorem putem?* Hoc autem distare furiosum a mente capto Interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculem, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla fere signa ostendat extrinsecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera: nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio, in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l.* 14. *de pres. l.* 12. §. 2. *de judi. leg. cum dotem* 22. §. *si maritus* 7. *sol. matrim. l.* 6. *C. de cur. fur.*

Surdis & mutis) De surdis & mutis est in *l.* 3. §. 3. *de tut. & cur. dat.* generatim de omnibus, qui in ea causa sunt, ut superesse rebus suis non possint, *leg.* 12. *eod. t.* De cæcis nihil cautum, quippe qui rei suæ familiari, si nihil aliud impediat, satis bene præesse possint.

T E X T U S.

De Pupillis.

5. *Interdum autem & pupilli curatores accipiunt, ut puta, si legitimus tutor non sit idoneus: quoniam habenti tutorem tutor dari non potest. Item si testamento datus tutor, vel a prætore, aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus a tutela excusantur, solent curatores dari.*

N O T Æ.

5. *Curator adjungi*) *l.* 10. §. *ultim. de excus. l.* 13. *de tut. leg.* 2. *Cod. in quibus causis tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l.* 9. *de suspect. tut.* alibi tamen tuto appellatur *l.* 12. *de tut. l.* 14. *& seq. de tut. dat.*

COM-

COMMENTARIUS.

Habenti tutorem tutor dari non potest. Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *leg. idem fat 27. de test. tut. l. cum iure 9. C. qui pet. tut. l. si foreris 9. C. qui dar. tut.* &c. Cujus vera ratio est, quæ a VVesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli & universo ejus patrimonio datus intelligatur, *§. datus 17. inst. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit, apposito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa, & volenti ac petenti item tutori. Cæterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet. Grot. *lib. 1. intro l. c. 7.* & jure Romano non unam patitur exceptionem. Nam prima habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l. propter litem 21. §. ult. de excus.* nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet, *l. tutor 39. §. patruus 18. de adm. tut.* Deinde si tutor furere cœperit, aut mutus vel surdus factus sit; complura senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus locum alius tutor detur, *leg. pen. de tut.* Idem denique traditum est, si tutor Reip. causa abesse cœperit, aut ab hostibus receptus sit, aut relegatus, *l. 12. & leg. 15. eod. l. 1. & l. pen. C. in quib. caus. tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi legimus, ob morbum, aut insaniam tutoris curatorem interim dare, *l. 10. §. ultim. d. exc.* item propter absentiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l. 15. & l. seq. de tut. & cur. dat.* Existimo prætorem pro qualitate morbi, aut diuturnitate absentiæ modo tutorem, modo curatorem dedisse, veteresque hisce nominibus promiscue sæpe usos.

Nec tamen fraudulenter. Nam fraudulenter in re pupilli versanti, non curator adjungitur, sed tutela interdicitur, *l. 6. eod. C. de susp. tut. §. ult. infr. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur, etiamsi quid forte peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut notata fide a tutela removeatur, *l. 9. de susp. tut.*

Sed ad tempus. Quod Reip. causa absint, *leg. 15. de tut. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam, *leg. 16. eodem*. In ejus autem locum, qui in perpetuum excusatur, alius tutor sufficitur, *leg. 11. §. 1. de test. tut. l. 1. Cod. in quib. cau. tut. hoc.*

TEXTUS.

De constituendo actore.

6. Quod si tutor vel adversa valetudine, vel alia necessitate impediatur, quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel abit, vel infans sit; quem velit actorem, periculo ipsius tutoris prætor, vel qui provinciæ præerit, decreto constituet.

NOTÆ.

6. *Actorem.* Pomponius adjutorem tutelæ vocat, *l. 13. §. 1. de tut.*

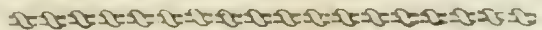
Constituet. Id est decernit editum, & nominatum; a Tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *l. 24. de administr. tut. & l. 13. §. 1. de tut.*

COMMENTARIUS.

Non semper ex causis, quas diximus, tutori curator a Magistratu additur; sed solet decreto Prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut divisa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat, *leg. decreto 24. de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pomp. *l. 13. §. 1. de tut.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. unic. C. de act. a tut. seu cur. dand.*

Vel abit, vel infans sit. Nam si præsens sit & fandi potens; nihil necesse est prætorem adire actoris decreto constituendi causa, cum pupillus ut dominus auctore tutore procuratore constituere possit, *d. l. decreto 24. de adm. tut. l. 11. C. d. de proc.*

Periculo ipsius tutoris. Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet: actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum interveniat, *d. l. 13. §. 1. de tut. d. l. decreto 24. de adm. tut.* Hoc ideo quia, is qui nominat, idoneum esse promittere videtur, *arg. leg. 1. de mag. conv. l. 4. §. 3. de fidei-com. & nominat.*



TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

De Lib. 27. Tit. 7. Cod. Lib. 5. Tit. 57.

Continuatio & Argumentum Tituli, cum summa pleiumque, quæ tutelæ & curæ communia.

Hactenus dictum est de tutoribus & curatoribus distincte, & separatim, expositumque, quæ tutelæ, quæ etiam curæ sint propria. Quæ nunc sequuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de uno genere brevitatis causa dicemus, ea de altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus, quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita habet: unum est de satisdatione a tutoribus in præparatione ad officium exigenda, cui respondet titulus in π rem pup. salv. for. alterum de Magistratibus in subsidium conveniendis, de quo *tit.* π *& Cod. de mag. conv.* Præter satisdationem, & duæ aliæ res sint, quæ hic omissæ a tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, *l. 7. de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. tutores 24 Cod. de adm. tut.* de quo adi Christ. *vol. 3. dec. 151. n. 6. & seqq. & dec. 163. n. 7. & seqq.* Grot. *1. manud. 9.* deinde ut jurent se rem ex fide atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov. 72. cap. ult. unde auth. quod generaliter, Cod. de curat. fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris populo adolescenti tacite pignori sunt obligata, *l. pen. offic. 10. C. de adm. tut. & ibi* DD. Christ. *d. decis. 151.* Postremo in eo quoque conditio est tutorum & curatorum, quod bona pupilli minorisve immobilia, atque ex mobilibus quæ servari possunt, alienare eis non licet sine cognitione & decreto judicis, *l. ex qua 22. Cod. de adm. tut. & ib.* DD. add. Christ. *d. dec. 151, cum seqq.*

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur?

1. *Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia a curatoribus tutoribusve consummantur vel diminuantur, curet Prætor, ut*

& tutores & curatores eo nomine satisdent. Sed hoc non est perpetuum; nam tutores testamento dati satisdare non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisdatione non onerantur: quia idonei electi sunt.

NOTÆ.

Eo nomine satisdent) Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, *leg. 1. & pass. ff. rem pup. salv. fore.* hoc enim est satisdare. Græci ἐγγυητὰς παρέχειν. Prætoriæ stipulationes, qualis hæc est, cautionem pigneratitiam regulariter non admittunt, *leg. 7. de stip. præt.*

Testamento dati) Ut ex testamento confirmati *l. 3. de conf. tut.* paternum testimonium pro satisdatione sufficit, *l. 7. ff. 5. ff. de cur. fur.* neque enim tutor a patre, nisi spectatæ fidei, & diligentiæ eligi solet, *leg. 38. de excus.* Excipe casus *leg. 8. cum 2. seqq. de conf. tut.*

Ex inquisitione) *l. 4. C. de tut. qui sat. non ded.* & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisdatio, *l. 8. de cur. fur. l. ult. §. 7. de adm. rer. ad civ. pertin.* fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Papin. *l. 13. in fin. de tut. dat.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando pignora in vicem satisdationis admittantur?*
2. *Plures fidejussores unius tutoris beneficium divisioni non inter fidejussores dividi.*
3. *Nullum esse genus tutorum, in quo non aliqui satisdandi lege soluti.*
4. *Quid circa satisdationem, & nonnulla alia, apud nos observetur?*

E*O nomine satisdent*) Satisdare proprie est, fidejussoribus datis cavere, *leg. 1. si quis satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant. *l. prætoriæ 7. de præt. stip.* nimirum quia Prætor fere cavere jubet de eo, quod interest, nec certam æstimationem habet, ideo pignora dari noluit; cum sciri non possit, quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædiosam habent custodiam; quod notat Caltrop. ad *dict. leg. 1. qui satisd. cog.* (1) Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora amittit, *leg. 1. §. iubet, 9. de collat. leg. 2. §. 3. quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti, sive alii, cui de ea stipulandi jus est, promittere, si pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui, quod tutorem ex ea causa præstare oportebit, spondeat: unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis, salvam fore. (2) Si plures fidejussores & tutores dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores ex epistola D. Adriani habent, ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. sal.* Cæterum ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l. 6. de fidel. & nemine l. 1. §. & si quidem 11. de tut. & rat. dist.* Pertinet vero hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l. 4. §. ult. rem pup. salv. fore.* Et, siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejussoribus cedere incipit: in curatore statim atque quæque res salva non esse cœperit, *dict. l. 4. §. 4.* Porro quicquid in judicium tutelæ venit, id etiam hac stipulatione continetur: ac proinde non tantum damna illata, sed etiam lucra neglecta, *l. 9. d. tit. leg. 1. de tut. & rat. distr. l. si tutor 15. de adm. tut.* VINN. Recte Vinnius, stipulationem pro tutore committi demum finita tutela. Ita enim diserte Ulp. *leg. 4. §. 1. ff. rem pup. salv. fore.* Sed turbare videtur *leg. 11. ff. eod.* ubi Neratius: *Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet, non præstatur.* Unde quidam ajunt, stipulationem statim committi, tutore non præstante, quod enim facere oportebat, sed agi demum posse, finita tutela. Verum salva res est. Non agit Neratius de tempore, quo committitur stipulatio, sed de modo, quo committatur, adeoque ea conciliandi ratione non opus videtur. HEIN.

Sed hoc non est perpetuum) Hoc adeo perpetuum non est, ut exceptiones latius patere videantur, quam ipsa regula: nullum enim genus tutorum est, (3) in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *leg. testamento 17. de test. tut. leg. 3. & 4. Cod. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* Ex legitimis eximuntur patroni, eorumque liberi, *leg. 5. §. 1. de leg. tut.* Ex dativis, qui dantur ex inquisitione, *hoc text. & leg. pen. Cod. dict. tit.* At cur hos omnes a satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus, nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum, tantum ubi illi satis bene prospectum esse creditur, incivile visum est, satisdationem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentiæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *dict. leg. 5. §. 1. de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maxime hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamento dati) Extra quam si facultatum dati a patre tutoris facta sit deminutio vel morum antea celata aut ignorata emerserit improbitas, vel inimicitiæ cum patre exarserint, *l. 3. de test. tut. l. 8. & 2. seqq. de conf. tut.* Tutores quoque, qui non legitime testamento dati, aut omnimodo, aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur; cæteri satisdant, *l. 1. §. 2. & aliquot ll. seqq. d. tit. §. ult. supr. de tutel. & ibi not.*

Ab ipso testatore approbata) Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ei, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l. amicissimos 36. de excus.* ut merito paternum testimonium satisdatione sufficere debeat, *leg. de creationibus 27. Cod. de Episc. aud. leg. ult. §. 1. Cod. de cur. fur.*

Quia idonei electi) Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scripsit, *l. si impuberi 13. in fin. de tut. & cur. dat.* (4) Olim apud nos nemo tutor idoneus sine satisdatione æstimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum, qui rebus pupillaribus præsunt, ea res committitur, qui non solent satisdationem a tutoribus exigere, contenti eorum jurejurando, præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur. Joann. a Sande *lib. 2. tit. 9. defin. 9.* Extat formula jurisjurandi in *stat. tutelar. Rhinland. art. 22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio conceditur, fidejus-

juſſores aut pignora, prout res poſtulat de conſilio propinquorum pupilli exiguuntur. Qui majoris momenti ſunt, non niſi ſciente & conſentiente Magiſtratu pupillari tutores facere poſſunt, niſi is Magiſtratus teſtamento excluſus ſit: quo tamen caſu nihilominus ſuprema inſpectio, re exigente, penes eos eſt, qui tribunali præſunt, vid. Grot. 2. *manud.* 9. ubi etiam tractat, an tutores, & quinam, mercedem adminiſtrationis petere poſſint; item, quando tutoribus liceat quæſtorem conſtituere, & quædam alia ad tutoris adminiſtrantis & quæſtoris conſtituti officium pertinentia.

T E X T U S.

Quatenus ſatiſdatio de iis, qui ſatiſdare non compelluntur, locum habere poſſit?

1. *Sed etſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluresve dati fuerint; poteſt unus offerre ſatiſdationem de indemnitate pupilli vel adoleſcentis, & contutori ſuo vel concuratori præferri, ut ſolus adminiſtret: vel ut contutor aut concurator ſatis offerens proponatur ei, ut & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatiſdationem a contutore vel concuratore: ſed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori ſuo, utrum velit ſatis accipere, an ſatiſdare. Quod ſi nemo eorum ſatis offerat, ſi quidem adſcriptum fuerit a teſtatore, quis gerat, ille gerere debet: quod ſi non fuerit adſcriptum, quem major pars elegerit, ipſe gerere debet, ut edicto Prætoris cavetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum, vel eos qui gerere debent; Prætor partes ſuas interponere debet. Idem & in pluribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt; id eſt, ut major pars eligere poſſit, per quem adminiſtratio fiat.*

N O T Æ.

1. *Poteſt unus offerre*) Unius ex pluribus tutoribus ſatiſdationi non obnoxiis provocatione fieri poteſt, ut cæteri ſatiſdationi ſubjiciantur, aut huic parato ſatiſdare adminiſtratio committatur, *leg.* 17. & 2. *ſeqq. de teſt. tut.* cujus inſtituti rationem pete ex *l.* 3. 6. *de admin. tut.*

Si non fuerit adſcriptum) Aut adſcriptus gerere nolit, *d. l.* 3. §. 7.

Prætor partes ſuas interponere) Id eſt cauſa cognita ſtatuere, quis tutelam gerere, *d. l.* 3. §. 4. *l.* 14. §. 1. *ff. de ſolut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurſ.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Provocatione unius ex pluribus tutoribus ſatiſdationis non obnoxiis fieri poſſe, ut cæteri ſatiſdationi ſubjiciantur.*
2. *Tutelam non tam commode a pluribus, quam ab uno adminiſtrari: ideoque Prætori curæ eſſe, ut adminiſtratio in unum derivetur, & qui in ea re ordo?*

HIc locus exceptionem quamdam continet eorum, quæ de tutoribus teſtamento aut ex inquiſitione datis ſatiſdatione non onerandis initio dicta ſunt: nam etſi directo ab his ſatiſdatio exigi non poteſt; (1) ſi tamen plures ſint hujuſmodi tutores, provocatione unius fieri poteſt, ut cæteri ſatiſdationi ſubjiciantur, ſi huic parato ſatiſdare adminiſtratione committi nolint. Id quod ſumma ratione a Prætore introductum eſt. Nam cum periculum adminiſtratione non diviſa commune ſit omnium tutorum, & quod culpa unius male geſtum eſt, omnes quoque oneret, *l.* 6. *in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquiſſimum eſt, ut ei, qui hoc incommodum metuit, ſoli adminiſtratio permittatur ſatiſdationem ad ſecuritatem collegarum offerenti: aut ſi ipſi adminiſtrare malint, eadem conditione adminiſtrent, collegamque ſuum, qui ſatis obtulit, præſtita cautione itidem ſecurum reddant. Porro quoniam tutela non tam commode a pluribus quam ab uno adminiſtrari ſolet, (quippe plures ad adminiſtratione admiſſi ſæpe diſſenſione aut æmulatione ſe invicem impediunt; ſæpe etiam, ut ait Ariſt. 2. *pol.* 2. mutua præſumptione & fiducia operæ alterius omnes ceſſant; utique unus facilius & actione exercet & excipit) curæ Prætori fuit, ut quoad fieri poſſet, in paucos, vel unum potius, tutela derivaret, quam ut ea per multos ſpargeretur, *l.* 3. §. *ap. j. et* 6. *de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *cap.* 3. & 4. *hic.* Hujus autem rei cauſa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonſtrat Juſtinianus. Primus eſt, ut ei, qui ex pluribus ſatiſdationi non obnoxii ſatiſdationem offert, geſtio committatur, *l.* 17. *de teſt. tut.* Proximus: ſi nemo ſatis offerat; ut ei committatur, quem teſtator voluit: cui male primum defert Hotom *d. l.* 3. §. 1. *de admin. tut. l.* 14. §. 1. *de ſolut.* Tertius; ſi teſtator neminem deſignavit, ut is adminiſtret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. §. *ſi non* 7. *d. l.* 14. §. 1. Quartus; ſi collegæ inter ſe diſſentiant, ut tum Prætor partes ſuas interponat, & cauſa cognita ipſe ſtatuat, quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur in præjudicium alterius, Gloſſ. *in verb. partes.* Enimvero hæc ita obtinent, ubi de tutelæ adminiſtratione uni aut paucis committenda agitur: nam ſi omnes gerere velint, aut tutelam inter ſe dividi vel in partes, vel in regiones; audiendi ſunt, ne inviti alienum periculum ſubire cogantur, *d. l.* 3. §. *penult.* & *ult. cum l. ſeq. de adm. tut.* Idemque eſt, ſi omnes parati ſint ſatiſdare, *dict. l.* 17. *de teſt. tut.* ut tamen maxime idoneum Prætor eligere poſſit, *l. quod ſi* 18. *d. tit.* Porro nec judicio teſtatoris ſemper in hac re ſtatur, nec ſatis offerens ſemper præfertur ob cauſas, quas affert Ulpian. *d. l.* 3. §. 3. *de admin. tut. d. l.* 17. §. 1. & 2. *de teſt. tut.*

Per ſe non poteſt petere) Dativus vel teſtamentarius tutor ſive curator a collega ſuo ſatiſpetere non poteſt: ſed offerre ei debet, utrum ſatis accipere velit, an dare, *leg.* 7. *rem pup. ſalv. for.* Scilicet ita: aut ſatiſdare: aut ſatis accipere.

In pluribus ex inquiſitione) Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. Fratrum: ſiquidem verba edicti ad teſtamentarios tantum pertinent, *leg. ſi nemo* 19. §. 1. *de teſt. tut.* Illud hic prætereundum non eſt, etiamſi uni adminiſtratio decernatur: non idcirco tamen honorarios tutores, id eſt, eos qui non adminiſtrant, per omnia immunes a periculo tutelæ: ſed excuſſis prius facultatibus ejus, qui geſſit, etiam hos conveniri poſſe: quippe quorum munus ſit obſervare actus tutoris gerentis, rationes inſpicere, & male verſantem ſuſpectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* D. Tuld. *cap.* 4.

T E X T U S.

Qui ex adminiſtratione tutelæ, vel curationis tenentur?

2. *Sciendum autem eſt, non ſolum tutores vel curatores pupillis, vel adultis, cæteriſque perſonis ex adminiſtratione*

tores rerum teneri, sed etiam in eos, qui satisdationem acceperint, subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino a tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in hæredes eorum extenditur.

NOTÆ.

2. *Subsidiariam actionem*) Quia in subsidium pupilli datur, & ultimo, excussis prius administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide latius in Commentario infra.

COMMENTARIUS.

1. *Qui & quando propter tutores curatoresque pupillis & minoribus teneantur, & quo quisque ordine conveniendus?*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis cæterisque personis tamquam ultimum præsidium datur adversus Magistratus, qui satisdationem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sunt tutores: sed ultra ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

Subsidiariam actionem) Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit, quia in subsidium pupillis datur, si a tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant: ut hæc actio ultimum eis sit perfugium, & tamquam sacra anchora, *l. 4. & 5. Cod. de mag. conv.* Quo res melius intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumque hæredes: & si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *leg. tutores 39. §. [illegible] 11. de adm. tut. leg. ult. C. de div. tut.* quod si is solvendo non sit; hoc cæteros onerare. Si omnes gesserunt, unum eligi posse, & in solidum conveniri, *l. 2. C. de div. tut. 6. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio [illegible]; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *leg. 1. §. & si quidem 11. de tut. & rat. dist. d. l. 2. C. de div. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus [illegible], *d. l. 1. §. & si forte 13.* Si nemo gesserit & omnes solvendo sint: electioni itidem locum esse, [illegible], qui convenitur, excipere posse periculi societatem [illegible] cæterum ut actiones sibi præstentur, frustra desiderare. *l. si plures 38. de adm. tut.* Quod si a Magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio; pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quod [illegible] non fecerit, aut fecerit quidem, sed [illegible] aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l. 2. [illegible] l. Lucius 46. §. pen. de adm. tut.* Conventione autem [illegible] periculum non finitur: verum [illegible] administravit, si solvendo sit, ejusque successores primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona [illegible] tum propter res gestas, tum propter non gesta [illegible] esse obligata, *l. pro officio 20. Cod. de adm. tut.* [illegible] Atque hic papillo consistendum, si a [illegible] satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si vero tales sint, ut satisdare debuerint, nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad Magistratus venitur, qui officium suum in exigendo neglexerunt, [illegible] autem cautione, proximum post tutores locumque eorum conveniantur dati fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum, *l. 3. de fidejuss. & nomin. & hær. tut.* Atque ad extremum excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in Magistratus, qui satisdationem acceperunt, *leg. Lucius 46. §. pen. de adm. tut. l. 4. C. de Mag. con.* Nonnumquam tamen prius ad Magistratus venitur, quam ad contutores: si nimirum his nihil imputari possit, quod vel satis a contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, vid. *leg. 1. §. usque adeo 15. de tut. & rat. dist. junct. l. 14. de adm. tut. l. 2. & 3. de Mag. conv. add. VVes. par. de adm. tut. n. & 5. de Mag. conv. per [illegible] Christin. vol. 3. decis. 156. n. 9.*

Non idonee passi sunt caveri) Quoties vitiose cautum est, non videtur cautum, *l. 6. qui satisd. cog.* Atque hic notant, paria esse, utrum quid non fiat, an non debito modo. Sed hoc interest, quod ubi omnino cautum non est, statim Magistratus conveniri possunt; ubi cautum est, licet non idonee, fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad Magistratus veniatur.

In hæredes) Non tamen similiter tenentur hæredes Magistratuum, ut ipsi Magistratus. Nam nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam Magistratus quidem in omne periculum succedit; hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l. 4. de Mag. conv. l. 2. Cod. eod.* Etenim si Magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem omitteret; aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret; ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit; *l. 6. eod.*

TEXTUS.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis & coerceantur.*

COMMENTARIUS.

PIgnoribus captis) Pignora ideo dicuntur, quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinendum: eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi a tutela ut suspecti, *leg. 3. de sus. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur?

4. *Neque autem Præfectus urbi, neque Prætor, neque Præses provinciæ, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac de actione tenebitur: sed hi tantummodo, qui satisdationem exigere solent.*

NOTÆ.

4. *Qui satisdationem exigere*) In urbe scribæ, in provinciis Duumviri, *leg. ult. C. d. tit. tit. leg. 3. §. ult. ff. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1. *An ipsi etiam Magistratus majores cautionem exigere potuerint?*
2. *Moribus hodiernis perexiguum actionis subsidiariæ usum esse.*

CUi tutores dandi jus est) Κατ' ἐξοχὴν vel jus plenum & liberum, quale item habent Proconsules, cæterique,

rique, quibus provinciæ regendæ commissæ, *l. 1. de tut. & cur. d ti. l. 1. §. 1. ff. de Mag. conv.* alioqui & Magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum Magistratuum, *l. 3. d. t.* junct. §. *sed hoc jure 4. sup. de Attil. tut.* Locus hic descriptus ex *l. 1. §. 1. de Mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent) Ut Magistratus & defensores civitatum οἱ στρατηγοὶ, καὶ ἔκδικοι τῶν πόλεων. Theoph. Item scriba Præsulis vel Prætoris; *l. ult. Cod. eadem*. Ait, *exigere solent*. Potuitne ergo & ipse Prætor cautionem exigere? Et potuisse non dubito, *leg. 2. & 3. rem pup. salv.* Igitur & Præsides potuerunt. Nusquam tamen reperimus, in eos actionem subsidiariam dari; sed contra, generaliter non dari: fortassis propter eminentiam dignitatis eorum: vel quia absurdum videtur, eis, qui sine satisdatione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, si fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariæ vix locus est; ut supra quoque monuimus; neque in Germania usum ejus esse testatur Tertul. *vol. 2. disp. 9. thes. 7.* in Gallia quoque desuetudine abrogata ex Bugnion. *lib. 1. de leg. abrog. satyr. 2.* refert Gothofr. *ad rubr. Cod. de Mag. conv.* quod miror a Barone adnotatum non esse. Plane si quid dolo malo in satisdatione exigenda Magistratus fecisse convincantur, puta quod scientes & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint; hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt D. Tuld. *ad d. tit. C. n. 3.* & Perez *ibid. n. 4.* Christin. *vol. 3. dec. 181. num. 4. & 7.* Groenevv. *de leg. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt B gn. *præd. l. Pap. lib. 10. tit. 4. art. 10.*

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 1. C. Lib. 5. Tit. 26.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρία

TRactationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Justinianus, cum ageret de modis, quibus tutela finitur, §. *ult. sup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est, quam justam causam apud Magistratum allegare ad obtinendam a tutela, sive delata, sive suscepta, immunitatem. Ajo, sive delata sive suscepta. Nam excusationum usus est & ante & post susceptam administrationem, ut ex sequentibus apparebit. Ajo, justam causam. Nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur, non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio, ut id, nisi justa causa afferatur, neque delatum detractari, neque susceptum deponi possit, *l. 3. §. 1. & 4. l. 6. de mun. & hon. l. 1.* & passim *de vac. mun. l. 1. de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt: hic octodecim fere enumerantur, plures in *ff. & Cod. h. t.* Atque harum omnium quædam certæ sunt & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia Reip. causa, &c. aliæ arbitrariæ: quæ, causa cognita, a Magistratu vel recipi, vel rejici possint; quales sunt verbi causa paupertas, adversa valetudo, imperitia litterarum.

T E X T U S.

De numero liberorum.

Excusantur autem tutores & curatores variis ex causis: plerumque tamen propter liberos, sive in potestate sint, sive emancipati. Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque; a tutela vel cura potest excusari, exemplo cæterorum munerum; nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt, defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est, an prosint. Et constat, eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

N O T Æ.

Propter liberos) Ex Mod. *l. 2. §. 2. & seq. ff. hoc tit. l. 1. Cod. qui nu. lib.* Vide fusius in Com. inf.

Publicum munus) *leg. 1. §. 4. l. ult. §. 1. ff. de mun. & hon. l. 9. de his qui sui vel alien. jur.* nempe ratione necessitatis; proprie enim Reip. munus non est, *l. 6. §. 15. hoc tit.* vide Comment.

Adoptivi liberi non prosunt) Olim proderant; quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. *5. cap. 19.*

Qui in acie amittuntur) *l. 18. h. t.* & ita cap. Mod. *in l. ult. de vac. mun. in bello amissi.* Gell. *2. cap. 15. aut in bello amisit:* non per causam belli in obsidione forte, sed in acie, in prælio: Salust. *In eo belli trecenti milites desiderati.* Vide Comm.

COMMENTARIUS.

PRopter liberos) Romani studium fuit, ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant justa sobole repleri civitatem; quam ob causam & pœnis cælibes, & maritos, quod liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maxime legibus Juliis de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. *ad leg. 2. hoc tit.* Lipsius *in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa.* Hotom. *in descriptione legum Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit a muneribus civibus, *leg. 1. pr. leg. 2. de vac. mun.* ac proinde etiam a tutela & cura, *l. 2. §. 5. hoc tit. l. 1. C. qui mun. lib.*

Sive emancipati) *l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. incolumes 5. de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimat, quam ut præmium & remuneratio πολυπαιδίας. De jure trium liberorum vid. Duar. *1. disp. 40.* VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum.* HEIN.

Tres liberos Romæ, in Italia quatuor, &c.) *l. 1. Cod. qui n. lib. se exc.* Hinc apparet discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini, *in l. in orbe 17. de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod

quod & alibi observare licet, §. *per traditionem* 40. *inf. de rer. div.* & *inf. de usuc. in pr.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam τὴν Κωνσταντινούπολιν, & Thraciam τὴν Θρᾴκην. VINN. Frustra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquias diversorum jurium civitatis, Latii, & provinciarum. Hinc enim non ad diversos status hominum respicitur, sed ad locum, ubi quisque habitaret. Hinc civem in provinciis quinque; provincialem Romæ tres liberi excusabant. Simile privilegium pro diverso loco habitationis diversum est in *l.* 2. *C. Theod. de in integr. rest.* Hinc nec *princ. Inst. quib. al. lic.* huc pertinet. Alia enim est Italia, aliud *solum Italicum.* Illa Alpibus & utroque mari finitur: hoc, ubicumque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. V. C. Schulting *Jurispr. Ant. p.* 619. HEIN.

Exemplo cæterorum munerum Personalium nimirum: nam a patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum proprie onera sunt, numerus liberorum non excusat, *l.* 2. §. 4. *l.* 10. & *seq. de vac. mun.* neque ab honoribus, muneribusque his cohærentibus; *d. leg.* 2. §. 1. nisi major sit, videlicet sexdecim liberorum. *l.* 5. §. 2. *de jur. immun.* aut minimum XII. *leg. si quis* 24. *C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

Publicum munus) Tutela proprie non est munus publicum: neque enim rem publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec Reip. peculiariter interest pupillis tutores dari, *l.* 2. §. *pen. in fin. ad munic.* sed per consequentias & improprie loquendo: quia ad curam publicam pertinet orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur, cur Modestinus neget, tutelam esse munus Reipubl. *l.* 6. §. *tutela* 15. *h. tit.* At quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum, quia cuivis e populo non secus ac cætera munera publice injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt) Quod & generaliter traditum est, *d. l.* 2. §. *de vac. mun.* Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal. cap.* 19. Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt) Ex quo manifeste liquet quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium παιδοποιΐας, quam levamentum oneris domestici.

Nepote ex filio) Scilicet demortuo, *l.* 2. §. *non solum* 7. *h. tit.* nam ex filio emancipato nati, avo ideo non prosunt, quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quod si plures sint ex uno filio nepotes, non singula capita constituunt, sed unum universi: patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in cæteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his num. lib.* 10.

Ex filia non prosunt) Non quia in avi materni potestate non sunt: nam nec emancipati, nec in adoptionem dati in potestate patris manent, quos tamen prodesse constat, sed quia duobus prodesse non debent: prosunt autem patri suo aut avo paterno, *l.* 2. *C. qui n. lib.*

Superstites) *l.* 2. §. 4. *h. t. l.* 2. *C. incolumes*, 5. *de vac. mun.* quippe hi soli & Reip. usui, & parentibus oneri sunt. Defuncti non prosunt, præterquam bello amissi, *d. tit.* Quod Ulp. *l. bello* 18. *h. t.* & Justin. *hic*, de iis accipi volunt, qui in acie seu in prælio ἐν τῇ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quod hi pro Reipub. cecidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex statuto secundogenitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui: responsum est, hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubuisset. Ayala *lib.* 3. *de jur. bell. c.* 7. *n.* 21. Qui vero per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l. bello* 18. De his, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Planc. cap.* 37. & *Philip.* 9. *c.* 2. Liv. *lib.* 25. *c.* 38. Diod. Sic. *lib.* 15. ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθάνατον μνῆμα καταλείπουσι. *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1. *Item D. Marcus in semestribus rescripsit, eum, qui res fisci administrat, a tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

COMMENTARIUS.

IN *semestribus*) Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius *in Aug. cap.* 35. Augustum semestria Senatorum aliquot consilia sibi instituisse cum quibus de negotiis ad frequentem Senatum referendis, ante tractaret. Dio *lib.* 53. scribit, ex reliquo numero Senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse ἐς ἑξάμηνον; quod exemplum Marcus secutus videretur. Vid. Pet. Fab. *in præfat. semestr.*

Res fisci) Vel etiam rem privatam Principis, *leg. administrantes* 41. *h. t.* Huc referuntur & exactores tributorum, *l. exactores* 10. *C. eod.* colonos patrimoniales, *leg. ult. Cod. qui dar. tut.* cæterosque, quibus Princeps curam alicujus rei injunxit. *l. geometræ* 22. §. 1. *l. jurisperitus* 30. *eod.*

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

2. *Item qui Reipublicæ causa absunt, a tutela vel curæ excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde Reipub. causa abesse cœperint; a tutela vel cura excusantur, quatenus Reipub. causa absunt: & interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutelæ: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto responsorum scripsit: nam hoc spatium habent ad novas tutelas vocati.*

NOTÆ.

2. *Reip. causa absunt*) *l.* 1. *Cod. si tut. reip. caus. leg.* 41. *ff. h. tit.* Quinam reipub. causa abesse dicantur, disce *ex leg.* 32. *leg.* 35. *l.* 38. *ff. ex quib. caus. maj.* Vide & Comment. infra.

Ad novas tutelas vocati) Qui cum Reipub. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vacationem habent: sed munus ante susceptum statim resumi debet, *leg.* 10. *pr. pr.* & §. 2. *l.* 45. *ff. hoc tit. l.* 2. *C. si tut. reip. caus.*

COMMENTARIUS.

REipub. *causa absunt*) *dict. l. administrantes* 41. §. 2. *hoc tit.* Reipub. causa abesse dicuntur qui publici alicujus muneris vel officii causa, cui præsunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, *l. abesse* 32. *l. qui mittuntur* 35. *leg. si cui* 38.

ex quib. cap. maj. mai. Horum duo sunt peculiaria: nam cum cæteri, qui propter solum officium aut Magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint, §. *seq.* eamque, a qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur, *arg.* § *præc. l. geometræ* 22. §. 1. *& d. l. administrantes* 41. *h. t.* Utrumque contra est in iis, qui Reipub. causa absunt: nam a suscepta, quamdiu Reipub. causa absunt, excusantur; & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi anni habent vacationem, *hoc text. l.* 10. *eodem.* Ubi Modestinus sic scribit; οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα, ἀποδημήσαντες ἐνιαυτὸν ἔχουσιν ἀτέλειαν κατὰ τὸ ἐπανελθεῖν. Erno absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit VVesemb.

TEXTUS.

De potestate.

3. *Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut D. Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.*

COMMENTARIUS,

Potestatis vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur, qui cum Magistratus non sint, notionem tamen aut jurisdictionem aliquam habent, ut in edicto *Quod quisque juris*, *&c. l.* 1. §. 1. Item in *l.* 3. §. *ult. de rec. arb. l.* 3. *in fin. ad leg. Jul. majest.* Sæpe item hæc vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ Magistratuum est, sed omnium communis: ut idem sit Magistratus, potestas, & imperium. Et hoc est quod Paulus scribit, *l. potestatis* 215. *de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona Magistratuum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores Magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnumquam etiam κατ' ἐξοχὴν soli Magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur: minores sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratus* 32. *de injur. leg.* 2. *de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse, ex eo perspicuum est, quod Ædilitas a tutela non excusat, *l. non tantum* 17. *is qui* 4. *hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, τὰς στρατηγίας τῶν πόλεων, remissionem a tutela habuisse aperte testatur Modestin. *l.* 6. *remittuntur* 16. *eod.* add. Cujac. *ad l.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr.* 1. *ill.* 3. Sed vix est, ut id hodie observetur, Bern. Autumn. *coll. jur. ad dict. l.* 6. §. 16. VINN. Quamvis magistratus municipales a tutela excusari posse tradat Modestinus *l.* 6. §. 16. *ff. de excus.* obstare tamen videntur *l.* 3. *ff. qui pet. tut.* & *leg.* 23. *pr. ff. de excus.* Ubi idem negari videmus: nisi Modestinum per τὰς στρατηγίας duumviros; Paulum & Ulpianum reliquos minores magistratus municipales intelligere dicas. Sane & Romæ, cujus instituta fere imitabantur municipia, inter magistratus *majores & minores* distinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæstio *l.* 17. §. 4. *ff. h. tit.* HEIN.

Susceptam deserere non possunt) Magistratibus, qui ante se miscuerunt administrationi, vacatio a tutelis non conceditur, *d. l. non tantum* 17. §. *fin.* 5. in quo differunt ab iis, qui Reip. causa abesse coguntur; ut paulo ante dictum.

TEXTUS.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem, quam cum pupillo, vel adulto tutor vel curator habet; excusari non potest, nisi forte de omnibus bonis, vel hæreditate controversia sit.*

NOTÆ.

4. *Nisi forte de omnibus bonis*) Aut maxima eorum parte, *l.* 20. *l.* 21. *eod.* quo casu etiam utile pupillo nolentem se excusare a tutela removeri, *dict. leg.* 20. Vin. in *Comment.*

COMMENTARIUS.

Justa causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, §. *ultim. de auct. tut.* At si de omnibus bonis, pluriumve eorum parte, aut de hæreditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *leg. si pupillum* 20. *& leg. seq. hoc titul.* Immo utile pupillo, etiam nolentem se excusare a tutela removeri, *dict. leg. si pupillum.* Non tamen in quavis disceptatione hæreditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, *arg. l. si ut allegas* 16. *Cod. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis: nam *Novella Justiniani constitutione* 72. *cap.* 1. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse. Dixi supra ad *dict.* §. *ultim. ad auct. tut.*

TEXTUS.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

5. *Item tria onera tutelæ non affectatæ, vel curæ, præstant vacationem, quamdiu administrantur; ut tamen plurium pupillorum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.*

COMMENTARIUS.

Nemo ita onerandus est alienis negotiis, ut sua ipsius negligere cogatur: adeoque & pupillorum interest, tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permixtarum tutelarum & curationum, quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *leg.* 2. §. *ultim. & leg. seq. hoc tit. leg. un. Cod. qui num. tut.* Sufficere item visum est, tria ejusmodi onera esse in una domo: hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curationum sustinere: ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio; & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prodesse, *l.* 4. §. *ult. eod.* modo tutelæ, quas filii administrant, spectent ad periculum patris, *l.* 5. *eodem.*

Non affectatæ) Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *leg. si adolescens* 15. §. *est autem* 15. *eod. dict. l. un. Cod. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captus ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem κληρονομίαν suscepit, ut numerum trium expleret, a quarta non excu-

excusarum, d. §. *est autem* sic enim verba Modestini, [illegible], interpretor, μετὰ scilicet [illegible] ut non tutor pauper, quemadmodum Haloander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur, quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Cortius verba Theophili, [illegible], perperam interpretatus est, tutelam opulentam, cum tenuissimam vertere debuerit; quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quæ ritu accumulantur) Id enim maxime consideratur in tantum, ut, si aut priorum pupillorum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, *leg. non tantum* 17. *hoc tit.* Hinc quoque est, quod in numerum tutelarum non placet cedere, si quis sit fidejussor tutoris, vel si Magistratus municipalis tutorem dedit, licet periculum eos spectet, & Magistratus in subsidium conveniri possit. Sed nec honorarius tutor periculum in numerum tutelarum imputat, *leg. spadonem* 15. §. *si civitatis* 9. *eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet: tenetur enim actus gerentis sollicite observare, eumque si male versetur, suspectum facere, *leg.* 3. §. 2. *adm. tut.* Enimvero tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *leg. si quis* 31. *in fin. hoc tit. leg. si quis* 60. *de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine, perinde ac si gessisset.

Pro una computetur) Tria onera non ex numero pupillorum aut adolescentum computantur, sed ex diversitate patrimoniorum, rationumque & conficiendarum & reddendarum difficultate: nam si tres sint fratres tres consortes, hoc est, qui individuum patrimonium habent, pro una tutela est: si tres dissortes, tres sunt tutelæ, *l.* 3. *diff. l. si is quis* 31. §. *ult. hoc tit.* Idem quoque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d.* §. *ult.* Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eamdem causam ad excusationem sufficere debet: si nimirum tam diffusa, negotiosa, & molesta sit, ut pro pluribus cedat, *d.* §. *ultim.* cujus rei disquisitio fere est in arbitrio Prætoris tutelaris; ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bachov. add. Cujac. ad *d. l.* 3. *eod.*

T E X T U S.

De paupertate.

6. *Sed & propter paupertatem excusationem tribuit, tam Divi Fratres, quam per se Divus Marcus rescripsit si quis imparem se oneri injuncto possit docere.*

C O M M E N T A R I U S.

Denotus hic locus est *leg.* 8. & *leg. post susceptam* 40. §. 1. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet a Magistratu, cujus de ea re cognitio est. Nam qui hac excusatione utitur, docere debet, se imparem esse oneri injuncto, hoc est, tam tenuis & nullius fortunæ, ut vix sibi quærere possit victui necessaria; quod judicem æstimare oportet. Mynf. Schneid. VVesemb. *hic*.

T E X T U S.

De adversa valetudine.

7. *Item propter adversam valetudinem, propter quam nec suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.*

C O M M E N T A R I U S.

ET hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem Magistratus desiderant: neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea quæ impedimento est, quominus quis suis rebus superesse possit, *l.* 10. *in fin. l. pen.* §. *ult. hoc tit. leg. un C. qui morb.*

T E X T U S.

De imperitia litterarum.

8. *Similiter eos, qui litteras nesciunt esse excusandos, Divus Pius rescripsit: quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

C O M M E N T A R I U S.

LItteras pro παιδείᾳ aut humanitate sæpe accipi notum est. Proprie tamen litteræ elementa significant; *l.* 11. §. 3. *de instit. act. l.* 6. §. *ult. de bon. poss. l.* 1. §. *sed cæterarum* 7. *de var. & ext. cogn.* Cic. pro *Syllac.* 16. *Litteræ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire litteras dicuntur qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, *l.* 4. & 2. *de accus. l. hac consultissima* 21. *l. nostram* 30. *C. de test.* ut e contrario scire litteras, qui scribere sciunt, *l. pater* 93. §. 1. *de acq. hær. l. discretis* 10. *C. qui test. fac.* Sueton. *in Claud. cap.* 10. Idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. *disp.* 3. & vel unum illud Neronis apophthegma ostendit, *Vellem nescire litteras*: de quo Senec. 2. *de Clem. c.* 1. Eamdemque loquendi formam etiam Græcis familiarem fuisse, argumento est vetus illud proverbium, quo Plato usus est 3. *de legib.* μήτε νεῖν μήτε γράμματα εἰδέναι. Nec dubito, quin Just. *hic* & Paul. *l.* 6. §. *ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire litteras iis sit, neque legere scire, neque pingere; & imperitum litterarum Justiniano ἀγράμματοι, Modestino in *d.* §. idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere se studiis litterarum imbutum non esse, & [illegible] hic causari, sane quam ineptum est.

Quamvis & imperiti litterarum) Axioma discretum est, quamvis imperiti litterarum non sint negotiorum expertes, tamen a tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l.* 6. §. *ult.* Si imperiti litterarum non sint negotiorum expertes, a tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis usum. Alii nescire litteras, Paulo esse, non didicisse humaniores litteras, in studiis litterarum non esse versatum, quasi litterarum, hoc est politoris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam litterarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio Magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Just. ait, imperitos litterarum esse excusandos, non ita accipi

cipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si forte tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito litterarum commode administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus nam ut memoriæ omnia credat, ab eo exigi non oportet; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis, & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonii ἄπορος; aut alias satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio, neque expers negotiorum; nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam litterarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempera in *d. l. 6. §. ult.*

T E X T U S.

De inimicitia Patris.

9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit; hoc ipsum præstat ei excusationem: sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

C O M M E N T A R I U S.

P*ropter inimicitias*) Quod molestiam exhibeat inimico, ἵνα ὑποβληθῇ δίκαις καὶ πράγμασι; *ut subjiciatur litibus & negotiis, d. l. 6. §.* [illegible], 17. Nam si testator bona mente eum tutorem dedit, cui inimicus antea, infensusque fuit; hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *infr.* §. 11.

Non excusantur) Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit, quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, *leg. spadonem* 15. §. 1. *h. t. l. ex sententia 29. de test. tut.* VINN. Sunt, qui inde novum fingunt tutelæ pactitiæ genus. Sed frustra. Ejusmodi enim tutor vere est testamentarius, quamvis promissio occasionem patri dederit, hunc tutorem dandi, & ita etiam intelligenda *l. 29. fin. ff. de test. tut.* In Germania tamen & illustria & privata extant tutelæ pactitiæ exempla, de quibus B. Strikius *in usufr. lib. 26. l. 26. tit. 1. §. 14.* & collega conjunctissimus olim Petr. a Ludevvig. in *Diss. jur. Rom. & Germ. in tutel. differt.* 4. HEIN.

T E X T U S.

De ignorantia Testatoris.

1. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, Divi Fratres rescripserunt.*

C O M M E N T A R I U S.

I*Gnotus patri*) *d. l. spadonem 15. §. qui dixerit* 12. excipiunt DD. post Glossam hic, nisi quis dicat, se ibi domicilium non habere, ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. §. ult. eod.* Sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi Fratres) Marcus Antoninus Philosophus, & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Hadriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & fastis consularibus sic inscripti sunt; auctore Spartiano in Ælio Vero *cap.* 1. appellantur & fratres Imperatores, *l. fratres 35. de pœn. l. si adulterium 38. a. fratres 5. ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. August. *lib. sign. de excus. ad §.* [illegible] 19. *l. 6. hic tit.* & Cujac. ibid. Obiter addo, Divos a Jure consultis appellari Imperatores, quia post obitum in Deos relati erant ea ἀποθεώσεως solemnitate, quam scribit Herodian. *lib.* 4. postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus Auctoribus discimus.

T E X T U S.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

15. *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, a tutela vel cura solent excusare.*

N O T Æ.

11. *Cum patre pupillorum*) *d. l. 6. §. 17.* Paul. 2. *sent.* 27. Idem est si cum pupillis vel adultis, *l. 3. §. 12. ff. de susp. tut.* ubi Ulp. ait, etiam ob hanc causam removeri.

C O M M E N T A R I U S.

1. *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias?*

N*Unc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, *inimicitias capitales, quas qui cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio*, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo qualscumque graviores, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitales 103. de verb. sing.* (1) Sunt qui existimant, hujusmodi excusationem, minus convenire homini Christiano, neque enim recte videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se male merito, aut liberis ejus; quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. cap.* 5. qui legem Domini sic accipiebant, *Diliges proximum tuum, & odio habebis inimicum tuum*. Christianis & piis non convenit. Et sane ita est, nisi ratio afferatur, cur inimicitiæ excusare debeant, qualis hic occurrit; videlicet, ut liceat sinistram suspicionem hoc obtentu vitare, & antevenire remotionem. Ait, *cum patre pupillorum*. Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, *l. 3. §. si tutor, 12. de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit*. Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacite, si eum, cui pater juste infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit; nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, *leg. 6. §. dat. remissionem 17. hoc tit.* Plane si ipse pater causam inimicitiis dedit: puta quod eum, quem tutorem dedit, aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg. §. seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare*; & merito; nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusant, inviti removentur, *d. leg. 5. §. si tutor, 12. de susp. tut.*

TEX-

TEXTUS.

De ſtatus controverſia a Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui ſtatus controverſiam a pupillorum patre paſſus eſt, excuſatur a tutela.*

COMMENTARIUS.

SI tutor ſtatus controverſiam a patre pupilli paſſus ſit, id eſt, ſi eum pater in ſervitutem petierit, hoc par interdum, ac ſi capitis accuſaſſet, *l. 14. ff. de bon. lib.* & hic tutor omnimodo excuſandus, etiamſi pater eum poſtea teſtamento tutorem dederit, ut jam diximus. Is etiam excuſatur a tutela, qui talem controverſiam movet pupillo ſerio & bono fine, non dedita opera ne tutelam ſubeat, & calumniæ cauſa, quod ex reſcripto Marci [illegible] Veri (ita legendum eſſe textus Græcus o[illegible]tur in *l. 6. §. amplius 18. hoc t.* VINN. [illegible] ad ſtatum libertatis reſtringendus [illegible]. Verum etiam ſi quis alterum civem, v[illegible] negaſſet, huic tutela liberorum actoris obtrudi haud potuiſſe videtur. HEIN.

TEXTUS.

De ætate.

13. *Ita major ſeptuaginta annis a tutela & cura ſe poteſt excuſare. Minores autem vigintiquinque annis olim quidem excuſabantur: noſtra autem conſtitutione prohibentur ad tutelam, vel curam adſpirare: adeo ut nec excuſatione opus ſit. Qua conſtitutione caveatur, ut nec pupillus ad legitimam tutelam vocetur, nec adultus, cum ſit incivile, eos, qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam vel curam ſubire.*

COMMENTARIUS.

1 *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadverſus.*

SEnes æque ac Magiſtratus veteres revereri ſunt, *l. 5. de jure immun.* quæ reverentia conſiſtebat in aſſurgendo, in loco dando, ac cedendo, demum deducendo, ac reducendo. Juvenalis *ſatyr. 13. verſ. 54.*

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non aſſurrexerit.

add. Valer. *l. 2. c. 1.* Cic. *1. off. cap. 34.* Gell. *lib. 2. c. 15.* Fuit etiam venerabilis ſenectus excuſatione honorum & vacatione munerum perſonalium. Ab honoribus excuſabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vit. cap. 20.* *Lex a quinquageſimo anno militem non cogit; a ſexageſimo ſenatorem non citat.* Idem tamen *2. Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excuſabant anni 55. *l. non tantum 11. de vac.* a tutelis cæteriſque muneribus perſonalibus anni 70. *leg. 3. de jur. immun. leg. 2. hoc tit. leg. un. Cod. qui ætat.* In *l. ult. Cod. qui ætat. vel profeſſ. l. 10.* pro 55. legendum 70. [illegible] oſtendit & monet Cujac. Cæterum hæc ita [illegible], niſi aliter conſuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l. non tantum 11. l. 2. de vac. mun.*

Major ſeptuaginta annis) In immunitatibus cœptus annus pro completo non habetur; quamobrem ad vacationem tutelæ non ſufficit ingreſſum eſſe, aut agere annum ſeptuageſimum, ſed egreſſum eſſe oportet, *l. 2. hoc tit. l. 3. de jur. immun.*

Minores olim quidem excuſabantur) Hic locus & conſtitutio Juſtiniani *in l. ult. C. de leg. tut.* multis impoſuit. Conſtat, minorem 25. annis teſtamento tutorem recte dari: ſed ita durum perinde haberi, ac ſi ſub conditione aut ex die datus eſſet, cum major 25. annis factus fuerit: ut interim nec tutelam adminiſtret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, *§. 2. ſup. qui teſt. tut. leg. quæro 32. in fin. de teſt. tut.* ſed alius tutor, aut curator interim a Magiſtratu datur, qui tutor, aut curator eſſe deſinit, exiſtente conditione, hoc eſt, poſt legitimam tutoris teſtamento dati ætatem, *l. 10. §. pen. h. t. §. 1. ſup. de Atil. tut.* Legitimos tutores nemo dat, ſed lex eos facit tutores, *l. 5. de leg. tut.* Atque uti quiſque proximus eſt agnatus; ita ipſo jure ex lege tutor eſt: quamvis poteſtas adminiſtrandi demum poſt perfectam ætatem ei deferatur, *leg. 16. §. 1. de tut. l. 4. l. 8. de leg. tut.* Quare ſi agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & ſucceſſionis ex lege tutor eſt: ſed quia jus adminiſtrandæ tutelæ ante juſtam ætatem non habet: curator interim ad hoc a Magiſtratu dabitur, *§. ult. ſup. de curat. d. l. 10. §. pen.* Qui locus ſimul confirmat quod dixi, eum ipſo jure pro tutore eſſe: alioqui non a Magiſtratu alius interim daretur, ſed inſequentis gradus agnati protinus in tutelæ adminiſtratione ſuccederent, *arg. leg. 3. §. pen. d. l. tut.* Revide quæ ſcripſi ad *§. ult. ſup. de cap. dem.* A Magiſtratu tutor ſub conditione aut ex die dari non potuit, *l. 6. §. 1. de tut.* Ergo nec minor 25. annis, quippe cui dationi inſit dies aut conditio, cum major erit, *§. 2. ſup. qui teſt. tut. l. 10. §. pen. & ult. de teſt. tut.* Quapropter ſi tota datio non conſiſtit, nec ἐν τῷ παντί: pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem poſt ἀκμὴν tutor erit: ideoque conſulto de teſtamentario & legitimo duntaxat Modeſtinum *d. l. 10. §. pen. de excuſ.* locutum eſſe exiſtimandum eſt. Nunc videamus, quid hic novi conſtituerit Juſtinianus. Ait minores 25. annis olim quidem excuſatos fuiſſe: ſe autem de conſtitutione ſua caviſſe, ne omnino minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, *d. leg. ult. C. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur conſtitutio: liberam patris voluntatem teſtamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem conſtitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus eſt, quod putaverit jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam adminiſtraſſe, ut patet ex ratione, quæ aſſertur in pr. conſtitutionis; alter quod minorem a Magiſtratu tutorem dari poſſe crediderit, ſed excuſandum fuiſſe; quaſi vel omiſſa excuſatione ipſe minor tutelam gerere potuerit, aut alius ſimul a Magiſtratu dandus fuerit, qui interim periculo minoris gereret. Quæ omnia tam abſurda & a ratione juris veteris aliena ſunt, ut mirum ſit, Cujacium, Hotom. Weſemb. ipſumque adeo cuſtodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitaſſe. Quod ſi quid novi hic conſtitutum videri poſſit; erit illud unum, quod Bachovius exiſtimat, ut jam non amplius agnato proximo, ſi minor ſit, tutela legitima ullo modo deferatur; ſed ea ætate inſuper habita, ſola ex agnatis proximis tutores fiant, qui ſunt perfectæ ætatis; at ſi proximi omnes minores ſint, ut ſequentes vocentur;

quos

quos olim exclusos fuisse, ac ne durante quidem ætate proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus. VINN. Ego vero ausim Justinianum tam supinæ ignorantiæ arguere. Certissimum est, veteres non solum minores, sed & impuberes admisisse non solum ad tutelam testamentariam, verum etiam legitimam. Clarissime id liquet ex Ulpian. tit. 11. §. 20. & 22. quamvis interea dum adolescerent, Prætor alium tutorem daret, nisi se excusaret. Impuberem a Magistratu dari non potuisse facile concesserim, at de minore vix dubito, quum sumpta toga virili puberes ad officia virilia admitti solerent. Postquam vero hæc mutavit Justinianus, leges antiquiores Tribonianus juri novo more suo accommodavit, veluti l. 16. §. 1. ff. de ff. de tut. l. 4. l. 8. ff. de l. tut. l. 1. ff. de fide[illegible] & nomin. idque & Cujac. ad tit. Inst. de fideic. & V. C. Ant. Schulting. Jurisp. Antejust. p. 601. fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit B. Huber. Digress. 1. 3. cap. 24. HEIN.

Nec pupillus) Si verum est quod diximus, agnatum proximum quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, inepte atque inutiliter videtur quæri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et in l. 10. §. pen. hoc tit. non de impubere quæritur, sed de adolescente, sive minore 25. annis: nam [illegible], qui a [illegible]. Græcis non est [illegible], sed [illegible] hoc est, Adolescens, [illegible], ut passim apud Teophil. & Harmenop.

Quam [illegible]. Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed ut dixi, [illegible] credidit Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari [illegible]: nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuique immineat pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onore alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire non loco dixide existimari potest, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

T E X T U S.

De Militia.

14. *Idem & in milite observandum est ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

C O M M E N T A R I U S.

Milites armatæ militiæ ad instar minorum, nec volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de leg. ne videlicet propter privata negotia a numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. de procur. nec aliena prædia conducere, l. milites 31. C. de loc. & cond. Quatenus veterani, hoc est, qui militia honeste dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiose disputatur l. 8. §. 2. seq. h. t.

T E X T U S.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ grammatici, Rhetores, & Medici. & qui in patria sua id exercent, & intra numerum sunt, a tutela & cura habent vacationem.*

C O M M E N T A R I U S.

Studiorum liberalium professores; Grammatici, Sophistæ, Rhetores, qui publice juventuti prælegunt: item Medici, quemadmodum a reliquis muneribus, ita & a tutela & cura vacationem habent, l. 6. §. 1. h. tit. & tit. C. de prof. & med. lib. 10. Habent & Philosophi d. l. 6. §. 5. [illegible], quam is eorum ars ingenua sit & honoratis, non habere tradit Cujac. in d. l. §. 1. [illegible] l. 4. C. de excus. mun. lib. 10. [illegible] tur [illegible]. Nec non et [illegible], l. 3. C. prof. & med. licet divini spiritus mereantur. Legum quoque Doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, d. l. 6. §. legum 12. Cæterum ex Constitutione Constantini omnes habent, l. 6. C. de prof. & med.

Qui in patria sua) Professores & Medici ita demum hac immunitate gaudent, si in patria sua doceant aut medeantur, non in aliena. Est autem duplex patria; una propria, sive originalis: altera communis, quæ est Roma, l. Roma 33. ad municip. Quamobrem qui Romæ docent, etiamsi Romani non sint, immunitatem habent, leg. 9. de vac. mun. sive salariati sint, sive non sint, leg. 6. §. [illegible] 11. hoc tit. Atque nec ex tribus una est conditio ad [illegible] tuendam immunitatem necessaria dict. l. 6. §. amplius 9.

Intra numerum sunt) Conditio altera, non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum, quam si probati decreto ordinis & numero constituto adscripti sint, d. l. 6. §. 4. l. 5. 7. & 8. C. de prof. Certus enim numerus eorum, qui vacationem haberent, in unaquaque civitate lege definitus erat, d. l. 6. §. 2. Præterquam philosophorum, [illegible], d. l. 6. §. [illegible], quem numerum excedere non licebat, d. l. 6. §. 3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, [illegible] immunitate supra numerum donaretur, d. l. 6. §. [illegible] 10. Est & tertia conditio [illegible] omnia, ut bene & sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, d. l. 9. §. 6. l. 2. l. 8. C. de profess. l. 11. §. 3. de mun. & hon. Colligunt hinc DD. studiosos, qui graviter litteris non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundum Aldebrand. n. 19. Schneid. n. 6. hic, quamquam vix est, ut hoc obtineat: consule Wamesi cent. 1. cons. 40. Christin. tol. 5. dec. 36. & 49. n. 14. & seqq. Add. Groenev. de leg. abrogat. ad l. 6. Pand. hoc tit. ubi & de usu hodierno.

T E X T U S.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. *Qui autem se vult excusare, si plures habeat excusationes, & de quibusdam non probaverit; aliis uti intra tempora constituta non prohibetur. Qui autem excusare se volunt, non appellant; sed intra quinquaginta dies continuos, ex quo cognoverunt se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si vero ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: quod tamen, ut Scævola dicebat, sic debent computari, ne minus sint quam quinquaginta dies.*

NOTÆ.

6. *Quacumque [illegible]*) sive Magistratu, sive testamento, sive lege: nam & legitimos tutores se excusare posse constat, *l.* 3. §. *ff. de leg. tut. l.* 1. *C. eod. l.* 9. *C. qui dari tut.* & prius dixerat, cujuscumque generis.

COMMENTARIUS.

1. *Utrum post constitutionem D. Marci adhuc immediate a datione tutelæ appellari potuerit?*
2. *Ex quo tempore 50. dies, excusationi allegandæ concessi, currere incipiant?*
3. *An causa excusationis per procuratorem agi possit?*
4. *Etiam tutores legitimos excusari.*
5. *Proponendæ & disceptandæ excusationis quæ forma apud nos observetur?*

A*Liis uti non prohibetur*) Ex Marciano *l. propter litem* 31. §. 1. *eodem*. Est enim excusatio species quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.* [illegible] *l. nemo* 43. *de reg. jur.*) Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quæritur, & putat Glossa hoc necesse non esse. Sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne alioqui tutor negotii trahendi causas novas postea excogitet: & est textus in *l. [illegible] oportet*, 13. §. *[illegible]* 8. *hoc t.* Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

[illegible] *Non appellant*) Hoc enim Divus Marcus effecit. Nam cum antea non minus a delatione tutelæ quam aliorum munerum appellaretur, Marcus Antoninus tutelam a cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius recta a datione provocaret; sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si judex rejiceret, tum demum licentiam appellandi haberet. qui vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est, quam appellatione interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, *l.* 1. §. 1. & 2. *quand. appell.* [illegible] qui sunt loci, in quibus tutores dati provocasse [illegible], ut in *l.* 4. *hoc tit. l. tutores* 39. §. *tut.* 6. *de adm. tut. l.* 2. & *pen. de tut. & cur. dat. l.* 17. §. 1. *de appell.* [illegible] non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione [illegible] appellarent, sed a rejectione excusationis intra [illegible] tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus [illegible] in *l.* 16. *hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse: et quod idem Modest. ait *l.* [illegible] & Imp. *l. tutores* 18. *Cod. eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi, si velint, tamen provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita [illegible] hoc loco admittendæ. Tutores necesse non habent appellare, verum, si velint, possunt. Necesse enim non habent, ut olim ante constitutionem Divi Marci: nunc ne possunt quidem. Sed frustra ante propositam & repulsam excusationis eadem appellant, *d. leg.* 1. §. 1. *quand. app.* [illegible] loco [illegible] est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis, ad quæ vocatus [illegible] privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi. Atque hoc jure utimur, Dn. [illegible] *ad tit. Cod. eod.* Christin. [illegible] *n.* 12. Perez. *in Cod. hoc tit. num.* 16. [illegible] Est vero hoc argumentum, [illegible] Convenientius fortasse [illegible] est atque æquius, ut qui tutorem dedissent, ipsi prius de causa excusationis sua natim cognoscerent, eamque vel acciperent, vel repudiarent; cum nihil eorum intersit, tutor ne ille sit, an alius, quam ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam numquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentariis & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris; puta si ab ordine aut duumviris aliquis decurio aut Scriba nominatus sit, quia eorum qui nominaverunt, interest nominatum munus delatum suscipere; ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur, si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent; quod hic notat Jo: Fab.

(2) *Intra quinquaginta dies continuos*) Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *l.* 13. §. 1. & *seq. hoc tit.* peragendo negotia continui quatuor menses, *l. quinquaginta* 38. *eod.* Dicuntur dies continui, qui continuo, id est, [illegible] continenter & sine interruptione nullisque exemptis currunt; ad discrimen utilium, e quibus subducuntur omnes, de quibus experiundi juris sui potestas non est, *leg.* 2. *de lib. & posth. præf.* de quo fortassis alibi plura.

Ex quo cognoverint) Quinquaginta dies excusationibus proponendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt, ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, *d. l.* 13. §. *quinquaginta* 9. *l.* 5. *C. eod. l.* 3. *de verb. sign.* Atque ex eo tempore si cedent, suo periculo cessant, *leg.* 1. §. 1. *de adm. tut.* ut tamen lis agnoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d. l.* 13. §. *si enim* 7. Porro nec antea quam a die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo & excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat; quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium, quod Paulus in *dict. l.* 38. menses illos ex die nominationis numerat. Nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solum excludere vult tempus, quo allegata sit excusatio; quasi dicat, quatuor illos menses non currere a die propositæ excusationis, quod videri poterat, sed a die nominationis, cognitæ scilicet, non factæ. Ant. Fab. 1. *[illegible] hoc tit. pr.* 1. *illat.* 7.

Se excusare debent) Non solum venire tutor, & adire judicem intra 50. dies debet, sed necesse est, ut intra id tempus se excuset; id est causam excusationis specialiter alleget & contestetur: quam etsi forte mox non persequatur, nihil tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi [illegible] hoc est, defunctorie, perfusorie, aut ut Contius vertit, dicis causa, adjerit, ut desisteret statim & adversarium traheret; *d. l.* 13. [illegible] 6. Contestanda autem excusatio, vel in jure ad tribunal Prætoris, vel apud acta, vel [illegible], id est, *de plano* per libellum, *dict. leg.* 13. [illegible] 10. Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusetur, *l. excusare* 25. *eod.* eo quod excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto, per *l.* 9. §. 1. *de off. proc. l. omnia* 71. *de reg. jur.* tamen ad summovendam præscriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud non satis expeditum est, an & absens tutor excusari possit. Negat Accurs. quem sequuntur Pet. Fab. ad *l. nemo* 70. *de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat.* 7. itemque Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 9. *th.* 1. *lit. B.* Mihi contraria senten-

tia

tia, quæ Cujacii est, verior videtur, per textum *leg. tut. 19. C. de adm. tut.* (3) Neque video quid obstet, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt *per libellum & pro tribunali*, non *per libellum & in præsentia*, nam præsens libellum offerre potest.

Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati) Sive igitur testamento dati sint, sive a Magistratu, sive a lege ad tutelam vocati, nam & legitimos tutores excusari verius est, *l. 3. §. quæri 8. de l. tut. l. si pupillam 20. h. tit. l. 1. C. de l. tut. l. si sororis 9. C. qui dar. tut. arg. l. 2. §. 5. h. t.* Quibus locis eorum sententia manifeste refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possint, ut ad tempus duntaxat, quo in numero sunt Hotom. & Giphan. *inc.* Cujac. ad *leg. 13.* VINN. Unde recte Theophilus παραιτεῖσθαι ... ἐπιτρόπων. Theophilum contra Cujacium & Giphanium accurate defendit B. Huber. *Præl. ad Inst. h. t. §.* HEIN.

(4) *Intra centesimum lapidem*) Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate, vel intra centesimum lapidem: si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, ut præterea 30. dies, ita ut computatis itineris diebus & illis triginta, tutor non pauciores habeat quam quinquaginta, quod latius prosequitur Modest. *d. l. 13. §. 1. & seqq.* Obiter addo lapidem pro milliario sive mille passibus accipi: quæ appellatio inde manavit, quod singularia milliaria positis singulis lapidibus, sive columnis lapides spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho *in Graccho* p. 815. distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italiæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. VINN. Adiri ea de re debet Bergerius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN. (5) In hisce regionibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc fere forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competentes Magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque: quibus auditis & cognitis, sine mora negotium peragitur: & si justæ ac solidæ videantur, excusato recusante, alius in locum ejus sufficitur: sin minus, rejecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententia Magistratus imponitur, a quo sententia, si iniqua tutori videtur, provocare ei licet: sed interim alius ei & periculo ejus, si tandem succumbat, substituitur, vid. *cap. 19. & 20. Const. Rhynl. ... l.* Grot. 1. *man. 7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capessendam dictum est sub §. 1. *sup. de Atil. tut.*

T E X T U S.

De accusatione pro parte Patrimonii.

C O M M E N T A R I U S.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

ARbitror cum D. Hotomanno & Wesenb. §. hunc inutilem esse, & decerptum ex Marciano, *l. propter litem 21. hoc tit.* Hoc autem indicare velle Justinianum, tutorem, qui pro parte bonorum se excusat, audiendum non esse: quippe qui non parti bonorum, universo patrimonio datus intelligatur: cujus regulæ exceptio traditur *d. l. 21.* nisi se excuset, ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutela gerat.

T E X T U S.

De excusationibus propriis Curatorum. De Tutelæ gestione.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur: in tantum, ut licet paterfamilias, qui testamento tutorem dedit, adjecerit se eundem curatorem dare; tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, D. Severus & Antoninus rescripserunt.*

C O M M E N T A R I U S.

QUÆ præcedunt causæ excusationum, tutelæ cum curatione communes sunt: sequuntur duæ propriæ curationis; quarum una proponitur hoc §. altera *§. seq.*

Curator ejusdem fieri non compellitur) Romanis ad excusationem curationis adulti satis visum est ejusdem pupilli tutelam gessisse, *l. curator 20. C. eod.* Quasi nimis durum sit, gemino unius personæ onere premi: quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desuetudine abrogatum esse monuimus supra sub *tit. quib. mod. tut. fin. & de cur.*

Adjecerit, se eundem curatorem dare) Licet alias curator testamento datus a Prætore confirmari solet, *sup. de Curat. §. 1.* excipiunt Veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit, *leg. 5. Cod. eod.* nisi de sua pecunia emptus & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit: nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *leg. 14. §. 3. leg. nequaquam 24. h. tit.*

T E X T U S.

De Marito.

19. *Idem rescripserunt: maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur?*
2. *Jurisconsultos verbo excusandi sæpe abuti.*
3. *Quæ hodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas?*

ALtera causa excusationis propria curationis in marito uxori suæ, puta minori 25. annis, aut mente captæ curatore dato. Ait *curatorem datum*. (1) At quorum bonorum? nam dotis etiam dominus jure civili maritus est, *inf. quib. alien. leg. dote 9. Cod. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur; non est dubitandum, quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα, dicuntur, licet expresse usum earum rerum sibi non receperit, ac reservarit. Hoc enim causæ prohibendi convenit, quam modo attulimus, & sententiæ veterum constitutionum indistincte loquentium, *leg. 2. Cod. qui dar. tut. leg. 4. leg. licet 17. Cod. h. t. leg. 8. Cod. de interd. matr.* Potuit sane mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, *arg. leg. 8. Cod.*

de [illegible] *l.* [illegible] 21. *C. de* [illegible] *l.* [illegible] *ad l. Fa*[illegible] Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ paapherna habeat: Huic, inquam, maritus [illegible] curator dari indistincte jure vetari [illegible] receptitiorum duntaxat, ut male [illegible] Nam ex novis demum constitutionibus [illegible], quod marito paraphernorum, quæ uxor [illegible] excepit, administratio permittitur, *leg.* 8. [illegible] *Cod. de pact. conv.* quod hic annotare neglexit Tribonianus.

2 *E*[illegible] *se posse*] Sæpe nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari aiunt, qui tutores aut curatores esse non possunt; ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem, [illegible] §. [illegible] 11. *sup. l.*6. §. [illegible] 17. *eod.* patrui cum pupillo de hæreditate contendentis excusationem recipiendam, *leg.* [illegible] 20. *eod.* luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, *l. un. C. de* [illegible] Quos omnes tamen certum est, tutelam gerere non posse, *l.* 3. §. *si tutor* 12. *de* [illegible] *leg.* [illegible] 17. *C. h. t.* cujus eadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur: nihil enim refert, uxori maritus, an socer nurui curator detur. Hoc autem loco Justinianum verbo excusandi abusum esse constat ex *l.* 2. *C. qui dar. tut. item ex l.* 14. *de cur. fur.* quæ aperte negant, maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo moneo, ne quis putet in arbitrio mariti positum esse, aut se excusare, aut omissa excusatione curam uxoris suscipere: & in universum ne quis credat, certum esse argumentum tutoris jure dati, quod excusationem habere dicatur. In tantum autem maritus prohibetur uxori suæ curator constitui, ut si constitutus imprudens se immisceat, infamiæ labem contrahat; sicut & illi infames fiunt, qui contra Senatusconsultum pupillam vel adultam sibi matrimonio jungunt; eadem enim utriusque prohibitionis ratio est, ne scilicet fraus administrationis tegatur, dum uxor vel propter blanditias mariti nollet, vel propter metum ejus non audebit ab eo exigere rationes, *l.*4. *l. licet* 17. *C. hoc tit.* junct. *l.*5. *l.*7. *C. de interd. matr. l. liberorum* 64. §.1. *de ritu nupt.* Dubito autem cum Bachovio, an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licet se immiscuerit] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacite renuntiaverit, *l. non tantum* 17. §. 5. [illegible] *h. t. l.*2. *Cod. si tut. fals. alleg.* Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores recte dati sunt, quorum etiam propria est excusatio: nam qui tutores aut curatores esse non possunt, etiamsi se immiscuerint, excusantur aut removentur, *leg. si pupillum* 20. *hoc t.* §. *item major* 13. *sup. eod.* 3 Atque hæc quidem jure Romanorum ita se habent. Cæterum moribus nostris uxor est in curatione & potestate mariti: potestque maritus bona uxoris etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non solum administrare, sed alienare quoque, aut obligare etiam sine uxoris consensu, nisi pactis antenuptialibus expresse aliter cautum fuerit, D. Neostad. [illegible] *rer. jud.* 9. [illegible] *Grot. manud.* 5. Eadem fere & apud cæteros [illegible] populos mariti in uxorem hodie potestas est, ut ex VVesemb. Chassan. & Covar. refert Gudel. *lib.* 1. *de* [illegible] *cap.* 3. & D. Tulden. *ad tit. de curat.* §. 1. *sup.* Apud Frisios administratio marito permissa, alienatio [illegible] consensu mulieris non item, Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *Def.* 2.

T E X T U S.

De falsis allegationibus.

20. *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.*

N O T Æ.

20. *Falsis allegationibus*] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus est, tutelæ obligatum esse.

C O M M E N T A R I U S.

Decretum, quo tutor falsis allegationibus usus, absolutus est, ipso jure nullum est, neque cum periculo tutelæ eximit, *l.*1. *leg. ult. Cod. si tut. fals. alleg.* quod favore pupillorum ita constitutum esse credendum est. Nam regulariter sententia ex falsis allegationibus lata ipso jure non est nulla: sed adversus eam, si provocatum non sit, petenda est restitutio, *arg. leg. Divus* 33. *de re judic.* & *tot. t. C. si ex fals. instrum.*

TITULUS VIGESIMUS SEXTUS.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. *Tit.* 10. *C. Lib.* 5. *Tit.* 43.

Continuatio & summa Tituli.

Ex tribus quæ ad tutores & curatores communiter attinentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisdatio, & excusatio. Superest tertium & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio: quod hoc postremo hujus libri titulo nunc explicat. Ostendit autem strictim, unde ea accusatio descendat; qui, apud quos, & a quibus accusari possint: inde, qui sint suspecti, & quibus ex factis tales arguantur, & removeri debeant, docet: ac promiscue, quæ hujus accusationis, remotionisque sit vis, atque potestas.

T E X T U S.

Unde suspecti crimen descendat?

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecim tabularum descendere.

COMMENTARIUS.

Suspecti crimen ex lege duodecim tab.] Ex Ulpian. *leg.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eoque pertinere creditur quod Cicero scribit 3. *de offic. cap.* 15. *Dolum malum etiam legibus* [illegible] *ut tutelam duodecim tab.* Crimen autem hoc loco, & apud Ulpian. pro criminatione sive accusatione poni certum est: neque insolens accepta est hujus verbi significatio; si enim accipiunt in *leg.*7. *de accus. l.*5. *de calum. leg. propter* 21. *de SC. Silan.* & apud Cicer. *pro Rosc. Amerin. Tria sunt, inquit quantum* [illegible] *possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio,* [illegible] *adversariorum & audacia & potentia.* Quamobrem licet Theoph. recte verterit [illegible]; cau-

sa ta-

ſa tamen non erat, cur interpretem ejus Curium, novumque utriusque παραφράσεως editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina verſione *crimen* retinuerit.

T E X T U S.

Qui de hoc crimine cognoſcuntur?

1. *Datum autem eſt jus removendi tutores ſuſpectos Romæ Prætori; & in provinciis Præſidibus earum & Legato Proconſulis.*

N O T Æ.

1. *Legato Proconſulis*) Jus removendi ſuſpectos tutores Magiſtratibus competit vi ſuæ juriſdictionis: & ideo ea mandata, ſive in ſpecie, ſive in genere, tranſit in eum, cui mandata eſt, *l.* 1. 3. & 4. *hoc tit.* ergo etſi Præſes mandaverit, quod male negat Cujac. *lib.* 1. §. 11. *ff. ad SC. Turp.* Nam ibi non excluditur qui mandatam juriſdictionem habet, ſed Magiſtratus municipiorum.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Etiam apud eum, cui mandata eſt juriſdictio, ſuſpectum poſtulari poſſe.*

D*Atum eſt*) Hoc non ita accipiendum eſt, quaſi jus de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi, eoſque removendi, ſpeciali aliqua lege aut ſenatuſconſulto Prætoribus aut Præſidibus datum ſit: quemadmodum cum dicimus, jus dandi tutores alicui datum eſſe, hoc ſic accipimus, datum eſſe nominatim vel a Principe, vel lege, vel Senatu; *l.* 1. *l.* 3. *ff. tut. & cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.* ſed jus hoc removendi tutores Prætoribus & Præſidibus more concedi propter vim imperii, hoc eſt, iis competere vi & poteſtate Magiſtratus ſui, ſive juriſdictionis, ut de judicis dandi licentia quam iidem Magiſtratus habent, ſcriptum eſt in *l. cum prætor*, 12. §. 1. *de judic.* Etenim longe alia ratio eſt tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris juriſdictionis non eſt, qua de cauſa nec mandari poteſt, *d. l.* 6. §. 2. *l. nec mandante* 8. *de tut. & cur. dat.* Cognitio de ſuſpectis & remotio juriſdictionis eſt, eaque, ſive in ſpecie ſive in genere mandata, in eum, cui mandata eſt, tranſit, *l.* 4. *in pr. de off. ejus cui mand. l.* 1. §. 4. *hoc t.* Rurſus jus dandi tutoris etiam Magiſtratibus municipalibus certa lege conceſſum eſt, *leg.* 3. *de tut. & cur. dat.* §. 4. & 5. *ſup. de Atil. tut.* At de ſuſpecto cognoſcere ſoli poſſunt Magiſtratus majores, *l.* 1. §. *ſuſpecti* 11. *ad SC. Turpil.*

Legato Proconſulis) Legato quoque Proconſulis de ſuſpecto cognoſcendi jus eſt: non ut ſpecialiter ei conceſſum, ſicut tutoris datio oratione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* ſed tamquam conſequens juriſdictionis a proconſule mandatæ *l.* 1. §. 4. *h. t. l.* 4. *de off. ejus cui mand. & l. ult. d.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non ſic accipiendum eſt, quaſi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc ſententiam extorſerit: ſed quod hic cum ratione illa generali, ex qua mandata juriſdictione totum officium juris dicundi tranſit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum ſcilicet intereſt, ut plures de ſuſpecto cognoſcere poſſint: ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli graſſetur. Pari ratione & ſi Prætor mandaverit juriſdictionem, poterit apud eum, cui mandata eſt, ſuſpectus poſtulari, *dict. leg.* 1. §. 4. *verſ. ergo*. Idemque omnino dicendum, ſi Præſes mandaverit. Nec eſt contrarium quod apud Marcianum *l.* 1. §. *ſuſpecti* 11. *ad SC. Turp.* legimus, ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantum examinari poſſe, & nullum alium de hujuſmodi quæſtione quam Præſidem poſſe pronunciare. Nam cognoſcente & pronuntiante eo, cui mandata eſt juriſdictio, ipſe cui mandavit, cognoſcere & pronuntiare intelligitur: & ille hujus vice, non ſua, fungi, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de off. ejus cui mand. l. ſolet* 16. *de juriſd. leg.* 1. §. 1. *quis a quo app.* Solum excludere voluit Marcianus Magiſtratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæſtio diſceptanda, non cognoſcunt, licet juriſdictionem aliquam habeant. Sic in *leg. ubicumque* 106. *de de reg. jur.* quæ etiam ad propoſitam ſpeciem pertinent, cum Prætor deſiderari dicitur, ubicumque cauſæ cognitio neceſſaria eſt, non excluditur is, cui a Prætore juriſdictio mandata eſt: ſed Duumviri, ſive Magiſtratus municipales, quibus, quæ majoris cujuſdam poteſtatis ſunt, facere non licet, *leg. ea quæ* 26. *ad munic.* junct. *l.* 1. & 4. *de damn. inf.* Hodie etiam noſtri Magiſtratus municipales, quos Scabinos appellamus, de ſuſpectis tutoribus cognoſcendi, eoſque renovandi jus habent.

T E X T U S.

Qui ſuſpecti fieri poſſunt?

2. *Oſtendimus, qui poſſint de ſuſpecto cognoſcere; nunc videamus, qui ſuſpecti fieri poſſint. Et poſſunt quidem omnes tutores fieri ſuſpecti, ſive ſint teſtamentarii, ſive non ſint, ſed alterius generis tutores. Quare niſi legitimus fuerit tutor, accuſari poterit. Quid ſi patronus? Adhuc idem erit dicendum; dummodo meminerimus, famæ patroni parcendum eſſe, licet ſuſpectus remotus fuerit.*

C O M M E N T A R I U S.

P*Oſſunt quidem omnes tutores*) Item omnes curatores, ſive adoleſcentis, ſive furioſi aut prodigi curam gerant, *leg.* 3. §. 2. *eod.* ſed & curator ventri datus ſuſpectus poſtulari poteſt, *d. l.* 3. §. 1. Locus hic deſcriptus eſt ex *l.* 1. §. *oſtendimus* 5. *eod.*

Quare etſi legitimus) Indicare videtur, facilius tutores teſtamentarios & dativos ut ſuſpectos, accuſari & removeri poſſe, quam legitimos, eoſve, qui vinculo neceſſitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti ſunt: quibus potius curator adjungendus eſt, quam ut notatæ fide atque exiſtimatione removeantur, *leg. ſi tutor* 9. *eod.*

Famæ patroni parcendum) Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet: & fortaſſis ne poſtulari quidem ſuſpectus parens potuit, ſed ſimpliciter curator adjungendus fuit. Illud conſtat, liberto & filio ſemper honeſtam & ſanctam perſonam patris, & patroni videri debere, *leg. liberto* 9. *de obſ. par. & patron.* Atque hinc eſſe, quod nullæ actiones famoſæ, ac ne illæ quidem, quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adverſus parentes patronoſve inſtitui poſſint; ſed ex quibus cauſis actio in alios famoſa datur, ex iiſdem adverſus illos in factum detur, omiſſa doli mentione, *l. non debet* 11. *de dol. l.* 2. *l.* 5. §. 1. *dict. leg.* 1. §. *interdictum* 43. *de vi & vi armata*, quod in propoſito proclive eſt, eo quod hæc actio natura ſua famoſa non ſit, vid. *leg.* 3. §. *ultim. cum leg. ſeq.* & *leg.* 9. *hoc tit.*

TEXTUS.

Qui poſſunt ſuſpectos poſtulare?

3. *Conſequens eſt ut videamus, qui poſſint ſuſpectos poſtulare. Et ſciendum eſt, quaſi publicam eſſe hanc accuſationem, hoc eſt, omnibus patere. Quinimmo mulieres admittuntur ex reſcripto Divorum Severi & Antonini; ſed hæ ſolæ, quæ pietatis neceſſitudine ductæ ad hoc procedunt, ut puta mater, nutrix quoque & avia, poteſt & ſoror. Sed & ſi qua alia mulier fuerit, quam Prætor perpenſa pietate intellexerit, ſexus verecundiam non egredientem, ſed pietate productam non ſuſtinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accuſationem.*

NOTÆ.

2. *Quinimmo mulieres*) In tantum pupillorum gratia a conſuetudine judiciorum receſſum eſt.

Pietatis neceſſitudine) Apud Ulpian. *leg.* 1. §. 7. unde hæc ſumpta, legitur *pietate neceſſitudinis*.

COMMENTARIUS.

DEſcripta hæc ſunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. *conſequens* 6. *hoc tit.* Ait, *quaſi publicam*, quæ nota eſt improprietatis. Revera enim hæc accuſatio publica non eſt. Nam ſive finem ejus ſpectes, non perſequitur injuriam Reipubl. illatam, ſed pupillo; ſive formam & exercitionem, non extra ordinem a Præfecto urbis aut Præſidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis *leg. ordo* 8. *de publ. jud. leg.* 1. §. *ultim. de pœn.* ſed ut de re pecuniaria in privatis judiciis a Prætore vel Præſidibus, iiſve, quibus ab his mandata eſt juriſdictio, *arg. leg. ultim. de priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is ſubſcribere in crimen, quod intendit, debet, *leg.* 3. §. 1. *de accuſ.* & deſiſtens ab accuſatione incidit in ſenatuſconſultum Turpillianum; quorum neutrum eſt in poſtulatione ſuſpecti, *dict. leg. ultim. de priv. del. leg.* 1. §. *ſuſpecti* 11. *ad Turpib.* Cur igitur hæc accuſatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ ſimilis eſt in eo, quod omnibus patet: quod publicarum proprium eſt, §. 1. *inſt. de pub. judic.* Cui addi & alterum poteſt, quia & nullo accuſante ipſe Magiſtratus ex officio manifeſte ſuſpectum repellere poteſt, *dict. l.* 3. §. *præterea* 4. *hoc tit.* junct. *leg.* 13. *de off. præſ. leg.* 1. *in pr. Cod. de cuſt. reor.* Chriſtin. *volum.* 3. *deciſ.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur.) Contra morem judiciorum. Et notandum eſt, quod ad hanc accuſationem admittantur non eæ tantum mulieres, quæ pupillo neceſſitudinis aliquo vinculo junguntur: verum etiam quævis aliæ, quas modo commendet pietas & verecundia: ut intelligamus, majorem eſſe ſuſpecti tutoris accuſandi licentiam, quam criminis publici judicii intentandi: quippe cum mulieri permiſſum non ſit publico judicio quemquam reum facere, præterquam ſi ſuam aut ſuorum injuriam perſequatur, *l.* 1. & *l.* 2. *de accuſ. l. de accuſ. l. de crim.* 12. *Cod. qui accuſar. non poſſ.* In tantum pupillorum gratia a conſuetudine judiciorum deflexum eſt. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *cap.* 6. quod ex Platonis lege deſcendit, *l.* 11. *de legib.* Uſus autem non ſervat, vid. Grœnev. *de leg. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

TEXTUS.

An Pubes vel Impubes?

4. *Impuberes non poſſunt tutores ſuos ſuſpectos poſtulare; puberes autem curatores ſuos ex conſilio neceſſariorum ſuſpectos poſſunt arguere, & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

COMMENTARIUS.

HÆC eadem traduntur in *leg.* 7. *hoc t. leg.* 6. *C. eod.* Ait, *impuberes non poſſunt, &c.* In poſtulandis ſuſpectis tutoribus principaliter perpendendum eſt, an quid ſegniter aut fraudulenter gerant, *l.* 9. *Cod. eod.* in quo cum animi judicio opus ſit, mirum non eſt, impuberes ad hanc accuſationem non admitti, ut culpent mores tutoris ſui, a quo ipſi regi debent. Sufficit, hanc accuſationem omnibus patere, ipſumque adeo Prætorem per ſe tutorem repellere poſſe, *l.* 3. §. 1. *in fin.* & §. *præterea* 4. *eod.*

Puberes autem curatores ſuos) In rebus, quæ privati judicii quæſtionem habent, ſicut pupillus auctore tutore, ita & adultus curatore conſentiente litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *Cod. qui leg. perſ.* Publica accuſatio pupillis omnino non patet, *l.* 8. *de accuſ.* niſi quod eis ſpeciatim conceſſum eſt, ut de conſilio tutorum mortem patris exequantur, *leg.* 2. §. 1. *d. tit.* Puberes vero etſi & ipſi regulariter publico judicio accuſare non poſſunt, *leg.* 4. *Cod. de auct. præſt.* poſſunt tamen curatore auctore, ſi ſuam ſuorumve injuriam perſequantur, *leg. ſi maritus* 15. §. *lex Julia* 6. *ad leg. Jul. de adult. l.* 7. *Cod. eod. l.* 11. *de cauſ.* Gloſſ. *in d. leg.* 4. *Cod. de auct. præſt.* Quapropter ſi in hoc quoque accuſationem ſuſpecti ſimilem eſſe volumus accuſationi publicæ: videri poterit, nihil eſſe in propoſito ſpeciale: quia ſuam injuriam minor perſequitur, qui curatorem ſuum ſuſpectum facit.

Ex conſilio neceſſariorum) Quorum in ea re præſcriptum minor ſequetur: quod ſi illi nolint in accuſationem conſentire, judicis a minore aditi officium erit videre, ne quid detrimenti minor capiat, *arg. leg. ſi cum dot.* 22. §. *nec non* 7. ibi Bart. *ſolut. matrim.* Cantiuncula & Mynſ. *hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur ſuſpectus?

5. *Suſpectus autem eſt, qui non ex fide tutelam gerit, licet ſolvendo ſit, ut Julianus quoque ſcripſit. Sed & antequam incipiat tutelam gerere tutor, poſſe eum quaſi ſuſpectum removeri, idem Julianus ſcripſit: & ſecundum eum conſtitutum eſt.*

COMMENTARIUS.

HOC §. in genere docet Imp. quis ſit ſuſpectus, & unde talis eſſe deprehendatur. Ait, ſuſpectum eſſe, qui non ex fide tutelam gerit: quod ſi accipiemus, non tantum ſi fraudulenter & callide in rebus pupilli verſetur, ſive quæſtus aut commodi cauſa res adminiſtret; ſed etiam ſi negligenter aut ſegniter, neque ea integritate & ſolicitudine, qua oportet, *leg.* 3. §. *ult. hoc tit. l.* 5. *Cod. eod.* Nec tutor quicquam prodeſt

dest quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc oderat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, *l. 5. l. 6. eod. d. l. 5. C. eod. §. ult. in eod.* & pupillo semper utilius est sic ei prospici, ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. ca. int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit: *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis, d. l. 5. eod.*

Antequam tutelam gerere incipiat) Puta si vel satisdare nolit, *l. 1. l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* vel contumax sit, *l. Cod. hoc tit.* vel si ob ignaviam aut negligentiam non gessisset, aut dolo fecerit, quominus gereret, *l. 4. §. ult. eod.* & generaliter si qua justa causa sit, ob quam videatur rejiciendus, *arg. l. 3. §. si tutor 12. eod.* VINN. In primis huc pertinet casus in §. 9. 10. *hoc t.* Item mores, qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt §. *ult. hoc tit.* HEIN.

T E X T U S.

De effectu remotionis.

6. *Suspectus autem remotus, si quidem ob dolum, famosus est: si ob tutelam, non æque.*

N O T Æ.

Ob dolum famosum) *l. 1. ff. de his qui not. infam.* Debet autem decreto causa significari: alias integra existimatione tutela abibit, *l. 4. §. 1. & 2. ff. hoc tit.*

Ob culpam non æque) Hoc est, segnitiem, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, *l. 3. §. ult. eod.* Th. *διὰ ῥᾳθυμίαν* Quid si tutoris lata negligentia arguatur? Non videtur salva existimatione abire: quia ista prope fraudem accedit, *leg. 7. §. 1. eod.* in doli crimen cadit, *l. 1. §. 5. ff. de obl. & act. l. 32. ff. depos.* VINN. Eleganter hanc *l. 7. §. 1. hoc tit.* explicat B. Hubertus ex *l. 32. ff. depositi*, quæ similiter distinguit, sitne depositarius in suis rebus diligens, an supinæ & enormis socordiæ. Vid. *Prælect. ad inst. hoc tit. §. 7.* HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2. *Genera culpæ triter distincta atque exposita.*
3. *Ablata culpa remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris?*

ACcusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur, ostenditur hoc §. Propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. *quis tutor 9. & 2. seq. inf. eod.*

Si quidem ob dolum) Ait, remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æque. Dolus est, quævis calliditas, & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l. 1. §. 2. de dol.* (1) Culpa est omne factum, quo nocetur alteri injuria, sed *ἀπροαιρέτως*, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet, *Cic. lib. 1. de offic. cap. 26. Cavendum ne major pœna sit, quam culpa*; & in *l. Aquilia* constat, culpæ nomine etiam dolum venire, *l. 1. §. 1. junct. l. 30. §. pen. ad l. Aqui.* in specie tamen accepta a dolo distinguitur, ut factum inconsultum a consulto & malitioso. (2) Genera culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est, non providere, curare, cavere, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident & intelligunt se curare debere, *leg. cedere diem 213. §. ult. l. latæ 223. de verb. sign. leg. quod Nerva 32. depos. l. 9. §. 2. de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque *παρεμφατικῶς* dicitur culpa dolo proxima, *l. 8. §. 3. de precar. l. 8. pr. de edend. leg. 1. §. 2. si is qui test. lib.* Levis est omissio diligentiæ, quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *leg. hæredes 25. §. non tant. 16. fam. ercisc. l. 1. de tut. & rat. distr. l. 9. §. 4. de obl. & act.* Levissima est omissio ejus diligentiæ, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamilias, & fere per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, *leg. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur.* quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic Imperator culpam latam, sed leviorem: si quidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem pœnam ingerente, *l. 7. ad leg. Cornel. de sicar.* semper dolum interpretatione juris repræsentat, *leg. magna 226. de verb. signif. d. l. quod Nerva 32. dep. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 2. de proc. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* etiam in famosis, *leg. 11. §. ult. de his qui notant. infam. leg. probrum 42. in fin. de verb. signif.* adeoque etiam actione pœnali, *l. 1. §. 2. si is qui test. lib.* Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *leg. contractus 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod. §. pen. inf. quib. mod. re cont. ob.* Nec movere debet, quod verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur. Quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolute ponitur, toties in usu juris significatur levis dumtaxat, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. 11. de neg. gest. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. sæpe 35. depos. cum similib.* Frustra igitur objicitur quod in dubiis benigniora præferenda, *leg. semper 56. de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione molliendæ, *l. pen. de pœn.* odia restringenda, *Cod. odia Pand. de rej. jur. in 6.* Nam cum sententia auctorum juris quæritur, usus præcipue spectandus est, *leg. 7. §. 2. de sup. lex.* De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquat cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex *leg. capitalium 28. de pœn.* Sane causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *leg. 9. de man. vind. leg. 8. §. 2. quod met. cau.* sed satis constat id fieri respectu certæ alicujus rei, in *dict. leg. 9.* cujus intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ, in *d. l. 8. §. 2.* ratione metus vel electionis; quod huc non pertinet; non enim quid metuat aut eligat, sed quid mereatur tutor, quærimus. (3) Concludimus igitur, tutorem remotum infamem fieri, non solum si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut sordide egerit vel perniciose pupillo, aut aliquid ceperit ex rebus pupillaribus, *l. 3. §. nunc videamus 5. hoc tit.* verum etiamsi ob latam negligentiam; puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supine & dissolute & negligens sit: quia talis negligentia prope ad fraudem accedit, *leg. 7. §. 1. eodem*, & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d. leg. quod Nerva 32. depos. l. magna 226. de verb. sign.* Eos autem, qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam removentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutelam habeant,

dict. leg. 3. §. ult. hoc t. Quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes, qui negant istam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesemb. Plane mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, quia a veteris disciplinæ severitate multum decivimus: de quo queritur D. Tuld. in *com. hoc cap. ult.* Illud constat, caussam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione: nam si caussam remotionis non significaverit decreto suo Prætor, fama remoti non læditur, *l. 4. §. 1. & 2. eod.*

T E X T U S.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quod cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

C O M M E N T A R I U S.

PEndente causa cognitionis, interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l. cum quem 7. C. hoc t.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam circa decretum id effici videtur, *l. quod si 15. §. 1. in fin. de solut.* Et recte; nam ut suspectum non convictum in totum removere iniquum est, ita eum, qui in suspicionem lite instituta vocatus est, perseverare in administratione non expedit. Ajo, *lite instituta*; neque enim protinus allegata causa suspicionis tutori interim auferenda administratio; sed ita demum, si concurrant aliqua indicia, super quibus tutor auditus sit & litem contestatus: quod & DD. plerique tradiderant, & probat Ant. Fab. *C. sub defin. 2. de susp. tut.*

T E X T U S.

Quibus modis cognitio finitur?

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

N O T Æ.

8. *Extinguitur susp. cogn.*) Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur, *leg. pen. ff. eod. leg. 1. Cod. eod.* Si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, *leg. 4. ff. de tut. & rat. dist.* VINN. At quia hæc ratio cessat, si ob atrocius factum, & quod animadversionem acriorem mereatur, suspectus sit tutor: non abs re colligere mihi videor, hoc casu suspecti cognitione, finita interim tutela, non extingui. HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

IN hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum, ut tutor removeatur a tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, cui ut locus fiat, actio suspecti instituitur; quoniam durante tutela agi non potest, *l. 4. de tut. & rat. distr.* Quibus consequens est, finita quomodocumque tutela, solvi cognitionem suspecti, quamvis pridem receptam, *l. pen. Cod. hoc tit. l. 1. Cod. eod.* In quo item similis hæc accusatio videtur criminalis, quæ ipsa cœpto licet judicio regulariter morte rei extinguitur, *l. ult. Jul. ad maj. l. 1. l. 2. Cod. si reus vel accus. mort.* Nam in causa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet, atque in solidum transit in hæredem, *l. omnes 26. de obl. & act. l. omnes 139. de reg. jur. §. 1. inf. de perp. & temp. act.*

T E X T U S.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo suspectus removeri poterit, qui non præstat alimenta.*

N O T Æ.

9. *Copiam sui non faciat*) Latitans, dolo absens, non justa de causa. *Ex l. 3. l. 7. §. 2. l. 2. ff. hoc tit.*

Ergo ut suspectus) Bene ergo. Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

C O M M E N T A R I U S.

QUia alimenta pupillo non temere decernenda sunt, sed causa cognita, quam rem Prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet, *leg. 3. ubi pup. educ.* ideo adversus tutorem, qui, ne alimenta pupillo decernantur, sui copiam non facit, propria pœna constituta est: eadem nimirum, quæ adversus debitores latitantes: ut pupillus rei servandæ causa in possessionem bonorum tutoris mittatur, quomodo mitteretur creditor in possessionem bonorum debitoris, qui absens non defenditur; ex edicto *quib. ex caus. in poss. bon. eat.* Quin & plus hic tribuitur pupillo, quam aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis, nuda tantum rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *leg. 12. quib. ex caus. in poss.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere Prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora deteriora futura sunt ex bonis tutoris, dato curatore, distrahi jubentur; atque, ut arbitror, ut ex pecunia ex earum rerum venditione relata pupillo interim alimenta constituantur. Quod si hoc remedio & edictis evocatus tutor vinci & adigi non possit, ut veniat, suique copiam faciat; tum non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet; quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulp. *l. 7. §. pen. & l. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l. 3. §. tut. 14. eod.*

TEXTUS.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

10. *Sed si quis præsens negat propter inopiam alimenta posse decerni, si hoc per mendacium dicat, remittendum eum esse ad Præfectum urbi, puniendum placuit: sicut ille remittitur, qui data pecunia ministerium tutelæ acquisierit, vel redemerit.*

NOTÆ.

10. *Alimenta posse decerni*) A Prætore scilicet, cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, *l. 3. ff. ubi pup. educ.*

Ad Præfectum urbi) *l. 3. §. 15. ff. h. t.* puniendum scil. extra ordinem & pœna corporali, ut τὸ τοῦ quod est meri imperii; qualem potestatem Prætor non habet, sed Præfectus urbi. unde & ad hunc remissio fit, ut & alias *l. 9. §. 7. ff. de off. præf. urb. l. 2. ff. de suspect. tut.*

Data pecunia ministerium tutelæ) Cujac. restituit, *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit, ex d. l. 3. §. 15. ministeriis*, id est, *officialibus & ministris Prætoris*. VINN. Scriptum fuisse videtur, *qui data pecunia ministeriis m.* (id est, Magistratuum) *tutelam adquisierit*. In *leg. 3.* enim 15. *hoc tit.* est: qui tutelam corruptis ministeriis Prætoris redemerunt. Tribonianum ergo pro *Prætore* substituisse arbitror *magistratum*, ex cujus vocis prima littera antecedenti vocabulo juncta natum videtur vocabulum *ministerium*. HEIN.

TEXTUS.

De liberto fraudulenter administrante.

11. *Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad Præfectum urbi remittitur puniendus.*

NOTÆ.

11. *Libertus quoque*) Ex Ulpiano *l. 2. ff. hoc tit. l. 10. Cod. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

Diximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia, nonnumquam etiam gravius simul coerceri: quod fit in his delictis, si quis præsens negaverit, pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis Prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit; quæ tria his §§. proponuntur ex *leg. 2. & leg. 3. §. sed si non 15. hoc tit.* Sunt autem plura; ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *leg. 1. §. si lent 7. de off. præf. urb. l. 9. de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad Præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna, scilicet corporali, nam mulctæ dicendæ jus etiam Prætori cæterisque, qui jurisdictionem habent, competit *leg. 2. §. ult. de judic. leg. aliud est fraud. 131. §. 1. de verb. signif.* Graviorem autem omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, Præfectura urbis sibi vindicavit, *d. l. 1. de off. præf. urb.* Apud nos quemadmodum criminum judicia exerceantur, & puniantur extra ordinem, qui delinquunt, dicemus *sub tit. ult. lib. 4.*

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat: & quis dicatur suspectus?

12. *Novissime autem sciendum est, eos qui fraudulenter tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse a tutela: quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens, removendus non est quasi suspectus.*

NOTÆ.

12. *Etiamsi autem offerant*) Expedit enim pupillo rem suam salvam tenere, quam habere cautionem, *l. 5. ff. hoc tit.* fac *l. ult. C. in quib. ca. int. rest.*

Diutius grassandi) Ex Calistrato, *l. 5. ff. hoc tit.*

Etiam eum) *leg. 8. eodem.* Vet. *suspectum enim eum.* Theoph. γάρ. Suspectum mores sunt, non tenues facultates.

Quamvis pauper) Numquam paupertatis occasione suspectus postulari, aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, *leg. 5. Cod. eod.* Sed potest curator ei adjungi, si substantia pupilli periclitetur, *l. 6. C. eod.* aut removeri ex eo capite, quod non satisdet *leg. 2. C. de tut. qui sat. non ded.*

COMMENTARIUS.

Etiamsi satis offerant) De eo dictum sub §. *suspectus 4. sup. eod.* Ut autem neque divitiæ, neque satisdatio tutorem a suspicione liberant; ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vocatio tribui solet: §. *sed & propter paupertatem 6. tit. præt.* aut qui propter inopiam satisdare non potest, removendus est, *leg. 3. Cod. de tut. qui sat. non ded.* numquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, *l. 8. hoc tit. leg. 5. Cod. eodem, l. si creditores 21. §. 1. reb. auct. jud. poss.*

FINIS LIBRI PRIMI.

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

***D. Lib.* 1. *&* 8. *C. Lib.* 41. *Tit.* 1.**

Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.

COgnita hominum qualitate & differentia, expositoque eo jure, quod cuique pro conditione personæ suæ competit, quod ex tribus, circa quæ jus omne versatur, primum est, transit Imperator ad alterum, atque huic proximum, res externas; ut quod lex methodi exigit, ex ordine singula explicet, quo ea proposita sunt, §. *ult. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem. *De rerum divisione, & de acquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in Pand. tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus, tantum cujusque est, quantum natura earum & conditio patitur, primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita, jus quod in iis habemus (qua consideratione rerum tractatio propria est Juriconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos, quibus res, quæ singulis acquiri possunt, singulis acquirantur, initio facto a rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus: idque demum *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum divisio.

Superiore libro de jure personarum exposuimus, modo videamus de rebus, quæ vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium nostrum habentur. Quædam enim naturali jure communia sunt omnium, quædam publica, quædam Universitatis, quædam nullius, pleraque singulorum, quæ ex variis causis cuique acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

NOTÆ.

In patrimonio) Id est, *in bonis*. In bonis autem nostris, non tantum sunt res corporales, verum etiam incorporales & jura, *l.49.de verb.sig. uf.l.5.de acq.rer.dom.* Igitur & servitutes *l.5.§.9.ff.de op. nov.nunt.tit. si uf. pet. & si serv. vind. & de itin. act. priv. l.g.* 3. & 4. *quæ in fraud. cred.* Nec obstat *l.* 1. *ff. de usuf. leg.* Quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto, sed demum constituendo: quod ait, in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet; nec tamen extra bona, quia habet saltem causative, ut loquuntur.

Quædam nullius) Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse.

Pleraque singulorum) Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

COMMENTARIUS.

1. *An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint?*

DE *rebus*) Quid rei appellatione, quæ alioquin generalis est, hic significetur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod hominis usui aut commodo esse possit, sive id divini juris sit, sive humani, sive publici, sive privati, sive corporale, sive incorporale, sive dominium, aut jus aliquod in rem a dominio diversum aut separatum, sive obligatio: uam & ea, ut res in bonis nostris, huc pertinet; quod pluribus ostendemus *sub tit. de oblig. lib.* 3.

Vel

Vel in nostro patrimonio, vel extra) Patrimonii nomine proprie significari videtur ea pecunia, quam liberi ex hæreditate paterna accipiunt: cæterum consuetudine loquendi obtinuit, ut eo verbo intelligantur omnia, quæ quisque paterfamilias habet: Igitur in patrimonio esse & in bonis esse idem valent. 1. Sunt quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint; cujus generis res, auctore Paul. *l.1. de usuf. leg.* sint servitutes. Quo quidem ego nunquam quicquam audivi subtilius. Non erit in bonis nostris ea res, quæ bona nostra & patrimonium auget, *l. 5. §. 9. de op. nov. nun.* quæ pro debito pignori mihi obligata est; juxta *l. 12. de pign.* quæ dominus prædii dominantis magni sæpe constituit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere; cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio, aliaque remedia jure prodita sunt, *l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom. l. bonorum 49. de verb. sign.* junct. §.2. *inf. de act. leg.6.* §.1. *& ult. si serv. vind. d. l.5.* §.9. *de op. nov. nunc. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & est.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ? *l.3. & 4. quæ in fraud.cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat, qui patrimonium suum in fraudem creditorum diminuunt, *leg.6.eod.* Aut cur magis res cæteras incorporales in bonis esse dicimus quam servitutes? Veterum sane nemo est, cui hoc in mentem venerit, ut diceret, servitutem alicui constitutam & quæsitam non esse in bonis ejus, cui constituta & quæsita sit; neque etiam Paulo, qui in *d.l.1.* non disputat de jure aliquo alicui constituto, sed demum constituendo; cujus tamen disputatio posita est in mera subtilitate. Legavit aliquis usum aut usum fructum itineris per fundum suum. Negat Paulus id legatum subsistere: quia ratio juris non patitur, ut servitus servitutis constituatur; nec esse utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus formaliter & separatum non habuerit; nam utique ut dominus jus habebat eundi in suo, poteratque id jus a dominio separare, alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addit, nec esse extra bona, tantum quia dominus, ut dixit, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatum a jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l. 5. si usufr. pet.* usus autem itineris tamquam juris separati & formalis legatus proponitur. Negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ nec erat quidem eo quo dixi modo, sed causative tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris, Paulus ipse fatetur; cum legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis a legatario præstanda, de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute. VINN. Immo ita nonnunquam loquebantur veteres de rebus corporalibus, quas & *esse*, & in *dominio* & in *bonis* esse negabant. Quia tamen animo intelliguntur & utilitatem præstant, hinc nec extra bona sunt. Vid. V. C. Ger. Noodt, *Prob. II. cap.* 3. HEIN.

Quædam enim naturali jure communia) Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet ut intelligamus, ea, quæ singulorum sunt, in patrimonio haberi, quæ communia, publica, Universitatis, & maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Gaji *lib. 1. h. tit.* qui hic distinguit, ut dicat, rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt, nullius in bonis esse; veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt: aut privatas, quæ singulorum, una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas & Universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ a Justiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Marcianum *l.2. hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur; ut liquet ex *l.4. & 5. eod.* VINN. Martianus in divisione sua non jam omisit res publicas, quas easdem communium nomine complexus est. Communes enim & publicæ sæpe pro iisdem habentur, *l. 24. ff. de reb. damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l.2. off. hoc tit.* sed a Triboniano in hoc §. paulo fusius explicata. Vid. Gerar. Noodr. *Prob. Lib. 1. cap. 7.* HEIN.

Pleraque singulorum) Hæc sunt, quæ privata dicuntur; nimirum res omnes quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura a dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominii appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

TEXTUS.

De aere, aqua profluente, mari, litore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aer, aqua profluens, mare, & per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen a villis, & monumentis, & ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut est mare.*

NOTÆ.

1. *Naturali jure communia*) Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque a Nerat. *l. 14. de acq. rer. dom.* Quæ a natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc ex *l. 2. §. 1. & l. 4. ff. eod.*

Aer, aqua profluens, &c.) Aer & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo. Jo. Fab. Immo nec dividi potuerunt; Grot. *de mar. lib. c. 5.*

Litora maris. Sicut usus omnibus patet, *l. 13. ff. comm. præd.* ita propter mare & litora maris, *l. 4. & 5. §. 1. h. tit.*

Dum tamen a villis) Quia sunt singulorum qui ædificando occuparunt, *d. l. 4. & l. 6. h. tit. l. 14. de acq. rer. dom. l. 4. ne quid in loc. pub.*

COMMENTARIUS.

1. *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*
2. *Multum hasce res differre ab iis, quæ nullius sunt, communi usui non attributæ.*
3. *Quatenus quid harum rerum occupari possit: tum quantum hæc occupatio occupanti tribuat?*

4. *De*

4. *De dominio maris, quod nunc sibi plerique ad aliquod spatium & per vicinos sinus vindicant remissius.*

5. *Qui vectigal navigantibus jure imponant?*

QUÆ humani juris sunt, non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica, aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur, universitatis. Communia sunt, quæ a natura ad omnium usum prodita, in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt; ita generali vocabulo definiuntur a Neratio *l.14. h. t. de acq. rer. dom.* Huc pertinet præcipue aer & mare, quæ cum propter immensitatem, tum propter usum, quem in commune omnibus debent, jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo; ut ait Jo. Faber, eoque nec dividi poterant. Atque hoc est quod DD. nostri aiunt, & aerem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari; Joann. Fab. §. *litorum 5. inst. eod.* Grot. *de mar. lib. cap.5.* Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel e venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit; flumenque aut rivum perennem facit. 1 Postremo propter mare etiam litora maris, *l.2. §. 1. l.4. h. t.* In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt, tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aeris constat, quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum, & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum, & piscandum ex æquo omnibus patet, *l.3. §.1. ne quid in loc. publ.* Unde si quis prohibeatur in mari piscari aut navigare, injuriarum actione prohibentem convenire potest, *l. 2. §. si quis 9. l. 14. l.13. §.ult. de injur.* Maris naturam litora sequuntur; ac proinde ad litus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere, ac reficere, ejecta in tempestate, naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, *l. 4. h. t. l. litora 5 l. de contr. empt. l. 1. C. de naufr. lib. 11.* Dum tamen a villis, ædificiis & monumentis in litore exstructis abstineat: quia sunt juris gentium, *d. l.4. h. tit.* Est adeo harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper, atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Trojanorum injuria sic queritur Orator Ilioneus apud Virgilium *l. 1. divini operis. vers. 543. seqq.*

Quod genus hoc hominum, quæve hæc tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Itemque apud eundem *lib. 7. v. 2. 9.* his vocibus affatur Regem Latinum:

Litusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem *6. metam. v. 349.* sic alloquitur pueros Lycios:

Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aera fecit,
Nec tenues undas, ad publica munera veni:

Dicit: hæc non esse a natura propria: sicut Ulp. *l.13. comm. præd.* natura omnibus patere, quia a natura ad communem usum genita sunt: nec in ullius adhuc dominium pervenerunt; Cic. 1. *de Offic. cap. 6.* Nerat. *l. 14. h. tit.* Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est, publica jure gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, *l. pen. h. tit. l.2. §.1. l.4. ne quid in loc. pub. §. littorum 5. infr. hoc tit. cum simil.* 2 Quamquam vero etiam nullius esse, quod ad proprietatem attinet, recte dicimus; multum tamen differunt ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa, ut feræ, pisces, aves: nam ista si quis occupet, in jus proprium transire possunt: illa vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium, non magis omnibus ab uno eripi potest, quam a te mihi quod meum est. Et hoc est quod Cicero dicit, inter prima esse justitias munera rebus communibus pro communibus uti. Scholastici dicerent, alia positive esse communia, alia negative: Th. 1.2. *qu.94. art. 5.* Cajetan. *tract. 17. quæst. 2. c.12.* Covar. *in cap. peccatum, de reg. jur. in 6. part.2. §.8.* Intellexit hoc convivator apud Atheneum, cum mare commune esse dicit; pisces autem capientium fieri. Et in Plautina *Rudente act.4. sc.3. v.36.* servo dicenti, *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator: addenti vero, *In mari inventum est, commune est*, recte occurrit: *Meum quod rete, atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* 3 Cæterum illa hic addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat, quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio, per quam fit, ut in jus proprium non transeant. Aer occupari non potest, nisi simul terra occupetur: sed neque mare, nisi forte exigua sui portione, quæ in fundum privatum admittitur; quo modo accipienda *l. 14. de injur.* aut ædificando jactis in id pilis, aut molibus; quod cum fit, locus, & ædificium ejus fiunt, qui ædificavit, *l.2. §. adversus 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo 30. §.ult. hoc tit.* In litore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit *l.6. pr. h. t. de rer. div. l. quamvis 50. eod. de acq. rer. dom. l. 1. §. si quod si 18. de op. nov. nunt.* Etenim qui locus ita in mari aut litore occupatur, non simpliciter & absolute occupantis fit: sed dumtaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato, locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præscriptio 45. de usucap.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa; verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus litoris aut maris usus non fiat deterior, *d. leg. 2. §. adversus 8. leg. 3. l. 4. ne quid in loc. publ.* Neque jus gentium violari existimo, si hinc arceantur peregrini in litoribus, quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc proprie litora produxit, ut cuilibet semper & promiscue jus esset partem eorum occupare, sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio; idque significari opinor verbis *& per hoc*, quæ non frustra hic expressa sunt; & in *leg. 2. §. 1. hoc tit.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris; jus tamen, quod dixi, in litore ædifi-

ædificandi, divisum jure gentium intelligi debet, quatenus litora imperio divisa, & publica, facta sunt alicujus populi, *arg. d. l. 3. ne quid in loc. pub.* Ita ferme Baro ad hunc §. *3 d. l.* 2. Don. 4. *comm.* 2. *&* 9. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem tale & eleganter *c.* 5. *mar. lib.* add. Ant. Fabrot. *in ration. ad l. 9. de leg. Rhod.* (4) Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici Rex Daniæ, magnæ Britanniæ Rex maris circumflui dominium sibi vindicant. Cæterum hoc late plerique damnant, imperium quidem in maris partem finitive vicinos usurpare posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1 §. 1. *de acq. poss.* D. Grot. *d. cap.* 5. *mar. lib. & d. cap.* 3. *n.* 13. *de iur. bell.* M. Anton. Peregr. 8. *de iur. fisc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tuld. *h. c.* 7. Existimat tamen idem Grotius, *d. cap.* 3. *num.* 10. non obstare jus naturæ, quo minus portio maris inclusa litoribus ejus populi propria fiat, cujus sunt litora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major sit, quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus, vir sane non vulgari eruditione præditus, tractatum edidit inscriptum *Mare clausum*, sive *de Dominio maris*; in quo summa ope ostendere conatur, mare ex jure naturæ seu gentium omnium hominum non esse commune, sed pariter dominii privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem: cui paradoxo vix occurri poterit ex Grot. *d. c.* 5. *mar. lib. &* 2. *de jur. bell. cap.* 2. *n.* 3. (5) Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vectigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo *l.* 17. & quod in Ponto Byzantini exigebant δεκάτην, quodque jam olim Athenienses exegerant in Ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. *d. c.* 3. *n.* 14. add. Cæpoll. *de serv. præd. rust. c.* 26. Unde vere dicendum est, jure Venetos, aliosque præfatos Principes Marium dictorum dominium habere.

T E X T U S.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia, & portus publica sunt: ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quo sensu dicatur jus piscandi in flumine omnibus commune.*
2. *Non idem esse aquam profluentem, quod flumen.*
3. *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piscatio censeantur?*

SEcundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, publicæ in specie dicuntur, quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt; imperio tamen divisæ sunt, & ditione ac potestate factæ alicujus populi. Ajo *ditione ac potestate*: nam quæ populi sunt patrimonia, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicantur propter personam possidentis, *l.* 17. *de verb. sign. leg.* 14. *h. tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu & jure, quo habeantur, privata sunt, *l.* 2. §. *hoc interdictum* 4. *ne quid in loc. pub.* ad institutam disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu a flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia) Scilicet perennia, nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æstate solius exsiccantur, publica non sunt: *l.* 1. §. 3. *de flum.* ac ne flumina quidem proprie, ut recte D. Don. 4. *com.* 3. contra Hotom. 8. *obs.* 4. Marcianus *l.* 3. *hoc t.* caute addidit voculam *pene*; nempe [illegible]. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota sunt illius regionis; quæ vero diversa imperia alluunt, per partes earum gentium sunt, per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc si limites duarum provinciarum constituunt, communia habentur, adeoque & novæ insulæ, in hujusmodi flumine natæ, vel communes sunt vel alterutrius provinciæ propriæ, prout vel in medio flumine natæ, vel alterutri ripæ propiores sunt. Ziegl. *de jure Majest. Lib.* 2. *cap.* 15. HEIN.

Et portus) Portus est locus in mari, aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & statio, quæ est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l. portus* 59. *de verb. sign. l.* 1. §. *stationem* 13. *de flum.* nostratibus *een Haven*. Veteribus proprie portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu a contiguis divisum; mercium impendendarum & conservandarum causa, & per synecdochen quamvis insulam sive domum, quæ proprio ambitu constat; ut in illo duodecim tab. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Vid. Fest. in vocibus *portus & insula*. Cujac. Brechæ. Goed. *ad d. l. portus*.

Jus piscandi omnibus commune) Usus fluminis publicus est jure gentium, §. *riparum* 4. *instr. eod. leg.* 4. *eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *leg.* 1. *ut in flum. publ.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. leg.* 4. (1) Ait: *omnibus commune est*, nempe omnibus iis, qui sunt ex populo, cujus fines flumen alluit, & quatenus alluit: ut in hoc distet hic usus ab earum rerum usu, quæ omnium hominum communes sunt, id quod ex præcedentibus satis colligi potest. Necque est quisquam, qui dubitet, quin usu navigandi aut piscandi in flumine exteri prohiberi possint. Notandum autem est discrimen fluminis & aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. (2) Flumen est totum quid, unumque & idem corpus, quod mille abhinc annis fluit, *arg. l. proponebatur* 76. *de judic.* denique sub imperio eorum est, quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est, sed alia atque alia, & cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri, aut cujusquam potestati subjici potest, quam aer & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. Hinc de usu judicandum. Flumine integro utimur ad navigandum & piscandum; qui usus jure gentium divisus est, quatenus flumina ipsa imperio divisa sunt, ac proinde non communis est omnium hominum, sed publicus eorum duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus: add. Jo. Fab. Baron. *ad hunc loc.* Don. 4. *comm.* 3. De jure

re ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publice cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l. fluminum 24. de damn. inf. l. 1. §. non autem 12. & §. seqq. 19. ne quid in flum.* Quo argumento adducor, ut credam etiam ædificia, quæ in fluminibus publicis fiunt, ædificantis fieri, perinde ut ædificia in litore aut in ipso litoreo mari ædificantium fiunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus de his disputare. (3) Etenim flumina omnia navigabilia, & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem a Friderico Imp. inter regalia relata sunt, *cap. unic. quæ sint regal. in usib. Feud.* eorumque proprietas facta Principis, vel populi, cujus ditione continentur; Bart. Jas. & alii *l. quominus 2. ne quid in flum.* Quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam riparum, quarum proprietas privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum fere jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo a Principe acceperit, vid. Cæpoll. *de serv. rust. præd. cap. 42.* Schn. *hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, aliæque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ fluunt aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandii & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum vectigalia ac tributa imperandi, quippe usu eorum etiam exteris concesso. Jus piscandi quoque initio penes populum fuit, inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Plane in VVaterlandia, & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari; Grot. *lib. 2. manud. cap. 1. & 4.* Groenevv. *de leg. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio litoris.

3. *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

NOTÆ.

3. *Est autem litus maris*) *Quo fluctus eludit.* Definitio κατὰ μετάληψιν.

COMMENTARIUS.

HOc §. 2. & *seqq.* quædam differentias explicat, quarum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus litore uti omnibus liceat, quid sit litus primo definiendum putavit. Ait litus esse, *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit:* quomodo & Celsus definit. *l. litus 96.* & Javolen. *l. 112. de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teste Cic. *in Top. cap. 7.* Quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumptus, secutus est; non enim primus hoc constituit, ut plerique credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*, quia hieme maxime mare exæstuat. Igitur litus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: siccum vero litus sive ora terræ, quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

De usu & proprietate riparum.

4. *Riparum quoque usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque naves ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuilibet liberum est, sicut per ipsum flumen navigare: sed proprietas earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorundem sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Non ut litora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

RIpa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens, ita definitur ab Ulp. *l. 1. §. ripa 5. de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *l. 3. §. 1. d. tit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam anguste, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine, aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ, quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est ut ullus sit usus: sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur, ex quo a plano ad flumen vergit, *d. l. 3. §. 2. de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua.

Usus publicus est jure gentium. Usus riparum ita publicus est, ut fluminis, quinimmo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcumque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l. 1. & passim. tit. de flum. & tit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*: quasi dicat, hunc usum atque hanc servitutem ripis a natura impositam esse, ut omnibus, quibus flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commode possint.

Proprietas illorum est, quorum prædiis hærent) Hoc etiam diserte ait Cajus *l. 5. h. tit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi, *l. ergo 30. §. 1. de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l. 15. eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l. 3. de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum a cæteris, & recte dissentire putat. Nam quod ait, eodem jure partem fluminis singulas censeri debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est πολὺς. τὸ μέρος τοῦ ὅλου, [illegible] siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod litus in mari. Ripa fluminis non subjicitur, ut litora subjiciuntur mari, & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus,

ejus-

ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l. 1. §. simili modo 7. de flum. l. 7. §. quod si 5. de acq. rer. dom.* At, inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio, flumen facit, quod alveum occupat; ripas non item. Quid nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem, cum adhuc a flumine tenetur, sed quatenus flumen non obstat, adhuc pars censetur vicinorum agrorum; alioqui quo jure insula, manente adhuc alveo, in flumine nata vicinorum fieret; quod utique & ripæ proprietatem arguit vicinorum esse; qua de re amplius sub §. *insula 22. & seq. inf. eod.* Recte igitur Græci, *Basil. 46. tit. 6.* τῶν ὄχθων τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς ὁ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις publica ἐστιν &c.

TEXTUS.

De usu & proprietate litorum.

5. Litorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicuti & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse: sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & quæ subjacet mari, terra, vel arena.

NOTÆ.

5. Litorum quoque usus) *l. 4. l. 5. §. 1. l. 6. hoc tit.* atque omnibus patet, sicut & maris; Virg. 7. Æneid. *v. 229. Litusque rogamus Innocuum.* & 1. *v.* 544. *Hospitio prohibemur arenæ.* Ubi Serv.

Proprietas eorum nullius) A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, *l. 3. ne quid in loc. publ.*

Ejusdem juris, cujus mare) Litora mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur, & ideo naturam ejus sequuntur, *l. pen. hoc tit.* Ripa autem, ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est, ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

COMMENTARIUS.

De litorum usu & proprietate jam intellectum est. Ceterum unum adhuc notandum, quod usum litorum dicit esse publicum, & juris gentium; ut intelligas, usum litorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus; quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Caius, *l. 4. hoc tit.* & Justin. 2. 1. *sup. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem fere & Eguinarii Baronis, & Julii Pacii sententia.

Ejusdem juris, cujus & mare) Mare litora aliis usibus eripiendo sua facit. Nam, ut ante quoque dictum est, litora mari subjiciuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. penult. hoc tit.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur litora, ut fere cuivis liceret, non solum casas ibi ponere, in quas se reciperet uti est in *hoc §. 5.* sed & palatia voluptatis causa exstruere. Et eo pertinet illa Horatii *lib.* II. 11. *Quæ* (hiems) *nunc oppositis debilitat pumicibus mare.* Quæ verba egregie illustrantur dans l'histoire de l'Academie Royale des Inscriptions & belles Lettres. To. 2. p. 333. HEIN.

TEXTUS.

De rebus Universitatis.

6. Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt, theatra, stadia, & hæc similia, & si qua alia sunt communia civitatum.

COMMENTARIUS.

Quæ hic & apud Cajum *l. 6. §. 1. eod.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur; ut in *l. 5. de contr. empt. §. 2. inst. de inut. stip. §. ult. inst. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt: quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum, publica quoque dicantur, *l. 7. §. 1. quod cujusq. univers. l. 15. & seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quam civitatis: nam & collegia & societates, aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reip. habere res communes, arcam communem, &c. *l. 1. quod cujusque un.* VINN. Recte distinguuntur res universitatis & patrimonia civitatis. Horum enim usus non est singulorum, adeoque nec obligationes circa illa, tum activæ, tum passivæ. Eo pertinet *l. 7. §. 1. ff. quod cujusce univ. nom.* HEIN.

Si qua alia communia civitatum) Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ sc. pecudes immittere singulis civibus jus est: item si quæ collegii alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, peristylia, insulæ, stabula &c. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum, qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit ejus, qui ea publicavit; si alii utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sane dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, *leg. 13. in fin. de injur.* Pertinet huc illud M. Tullii 3. *de finib. cap. 20. Theatrum commune cum sit, recte tamen dici posse, ejus esse eum locum, quem quisque occuparit,* & 5. *officior. cap.* 17. Viæ autem, per quas omnibus iter debetur, publicæ sunt, non Universitatis. Cujac.

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ, & sanctæ: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.

NOTÆ.

7. Nullius in bonis) *l. 6. §. 2. eod.* & ideo hæc quasi nostra vindicare non possumus, *l. 23. §. 1. ff. de rei vind.* nullius, nec proprietate, nec usu profano.

COMMENTARIUS.

Quæ res divini juris sunt, per excellentiam dicuntur nullius esse, scilicet ex comparatione earum.

earum rerum, quæ cum & ipsæ nullius sint, usu tamen sunt [illegible], aut ita affectæ, ut in dominium singulis cedere possint. Etenim & quæ humani juris sunt, publica omnia, quæ non in pecunia populi, sed in usu publico habentur comparata cum iis, quæ singulorum sunt, nullius in bonis esse dicuntur, *l. 1. h.t. l. 6.* [illegible] At in rebus divini juris hoc amplius est; quod ne [illegible] quidem earum singulorum est. Feræ quæ bestiæ, volucres, pisces, &c. nullius sunt, si comparentur cum iis, quæ quisque jam actu habet ac possidet: at ea conditione sunt & natura, ut acquiri possint, & cedant occupanti, §. *feræ 12. inst. eod.* quod [illegible] est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, Cajus, *d.l.* numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ defuncti personæ vicem sustinet, *l. hæreditas 34. l. hæreditas 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ, quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur: quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ sanctæ, quas singulas §§. deinceps expositurus est.

T E X T U S.

De rebus sacris.

8. *Sacræ res sunt, quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt: veluti ædes sacræ, & donaria, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari, & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ædes sacræ sunt ædificatæ, etiam diruto ædificio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.*

N O T Æ.

7. *Donaria* [illegible] ἀναθήματα, [illegible], ornamenta, Hesych. Macrob. 3. *Sat.* 11. [illegible], vasa sacra, *Nov.* 120. *cap.* 10.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Personam consecrantis qualem esse oporteat?*
2. *Donaria quæ Latinis dicta?*
3. *Sacra privata a publicis non forma consecrandi, sed fine* [illegible].
4. *Profanum veteribus quid, & unde dictum?*

Rerum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscrete utuntur. Ait, res sacras esse, *quæ rite jure Pontificum Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maxime complectitur, formam consecrandi, & personam consecrantis. Formam indicat particula, *rite*, id est, solemniter, more & instituto majorum, [illegible], non privatim, *leg. 6. §. sacræ 3. leg. 9. pr. eod.* Gell. [illegible] apud Fest. in voc. *Sacr.* Ovid. 1. *fastor. vers.* 6[illegible].

Templa sacerdotum rite dicata manu.

(1) De ritu veteri consecrandi vid. Alexand. ab Alex. VI. *gen. dier.* 14. [illegible] 1. Personam consecrantis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant Pontifices, ita dicti a ponte sublicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium Pontificium fuisse constat: de quorum officio accurate scribit idem Alex. ab Alex. II. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse, cum apud alios Auctores, tum apud nostros legimus, ut in *leg.* 8. *de vel. & sumpt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi, seu consecrandi; *in d. l. un. h.t.* An quia & ipsi plerumque Pontifices? Id sane testatur historia, & Dio *lib.* 53. expresse scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur, quia ut nonnulli volunt, fiat olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cicer. *pro dom.* ita postea non licuit injussu principis, ut Pontifex quidem consecraret, & solemnia perageret: sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maxime si locus publicus consecrandus foret, *arg. d. l. 7.* Principes Christiani curam sacrorum Episcopis reliquerunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis monasteriis, ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *Nov.* 67. & *Nov.* 131. *cap.* 7. Luculentum dedicationis templi extat exemplum 3. *Reg.* 8.

Donaria) Non solum ædes aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinus verbo *donaria*: quo eum mobilia intelligere, puta vestes [illegible], vasa; aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata, ostendit *leg. sancimus 21. C. de sacros. Eccles.* (2) Neque hoc contra usum Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant ab ἀνατίθεσθαι, quod dicata Diis suspendebantur e tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrobium 3. 13. legimus, *Ornamenta sunt clypei, coronæ, & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, *lib. 3. Georg. vers.* 532.

—— *Et aris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius; cui suffragatur Cornelius Fronto: *Donum inquit, quod Diis datur, inde ubi dona ponuntur, donarium appellatur.*

Ex causa redemptionis captivorum) Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur, ut vitæ eorum [illegible] sit, *d. l. sancimus* 21. Debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea. C. de sacros. Eccles.* *Nov.* 110. *cap.* 1[illegible]. *cap. aurum* 12. *qu.* 2. Bona [illegible] non [illegible]: quippe quæ humanis usibus serviunt, alendis scilicet Ministris verbi, aut pauperibus, quamvis [illegible] ipsa, causis quibusdam exceptis, prohibeantur alienari, *Nov.* 7. add. Schneid. [illegible] *lib.* 6. [illegible] *c.* 13. & 14. Gloss. *in c.* [illegible] *in* 6.

Si quis autem [illegible] *sua*) Id est, non publice, sed privatim, *leg. 6. §.* 3. [illegible] aliquis, cum [illegible] sacrum [illegible] publice [illegible]: qui [illegible], [illegible] ha-buis-

buisse privata legimus? Cic. 3. *de legib. l. 1. de titu nupt. l.* 9. §. 2. *ad l. Jul. pec. leg.* 4. *C. de crim exp. hær.* Resp. Distinctio illa non a forma dedicandi, aut personis dedicantium, sed a fine sumpta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur, vid. Rosin. 8. *antiq. tit.* 6. Potuit sane quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipso haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum, ac proinde obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & M. Tullio *lib.* 12. *epist. ad Attic. epist.* 19. 34. & 35. VINN. Accurate distinguenda *sacra privata* Larium & Penatum, quæ & gentilia t & *sacra privata auctoritate constituta*. Illa legitima erat, ob leg. XII. tab. *sacra privata perpetuo manento*: Fest. voce *sacra*. Hæc illegitima, ob periculum ne sacra peregrina inveherentur. Ill. Bynkersh. *de relig. pereg. diss.* 2. Illa erant juris pontificum: exinde est quod pontificum auctoritas intercederet in arrogationibus, confarreationibus, &c. Hæc sacra non existimabant pontifices. Si ergo privata auctoritate sibi quis sacrum constituerat, *quasi consecratum* censebatur, dum ad religionem patriam pertineret. Et eo referenda loca Ciceronis, *lib.* 12. *ad Att. epist.* 19. 35. Sin religionem peregrinam saperet, profanum censebatur Bynkersh. *ibid* HEIN.

(4) *Profanum*) Varro 5. *de ling.* fana ait nominata esse, *quod Pontifices in sacrando fati sunt finem*; *inde profanum, quod est ante fanum: id est, conjunctim fano*. Trebatius profanum id proprie dici existimat, *quod ex sacro religioso in promiscuum hominum usum conversum est*. Macrob. autem *lib.* 3. *Saturn.* scribit, profanum omnes pene consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro a fano & religione secretum*. Ut ut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

Adhuc sacer manet) *d. l.* 6. §. 3. Ideoque venire non potest, *l. æde sacra* 73. *de contr. empt.* Trajan. ad Plin. *lib.* 16. *ep.* 76. *Si sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum*. Plane quæ loca hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: ut ea calamitate liberata, quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l. cum loca* 36. *de relig.* Cic. *phil.* 9.

TEXTUS.

De Religiosis.

10. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet: in commune vero sepulcrum etiam invitis cæteris licet inferre. Item si alienus ususfructus est, proprietarium placet, nisi consentiente usufructuario, locum religiosum non facere. In alienum locum consentire domino licet inferre: & licet postea ratum non habuerit, quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris; hodie autem fere in urbe mortuos sepeliri in locis publice ad eam rem destinatis.*
2. *Cenotaphium, seu tumulum inanem, religiosum non esse.*
3. *Ut locus religiosus fiat, necesse esse, ut is, qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quædam consectaria inde deducta.*
4. *Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere, quam lectionem Codicis Flor. in Pand.*

RELigiosum) Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*, sive a relegendo eam deducat cum Cic. *De nat. Deor.* sive cum S. Sulpicio, ut auctor est Macrob. 3. *Saturn.* 3. a relinquendo, sive a religando cum Lactantio 4. *Inst.* 28. At hic & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat, ubi mortuus aut sepultus humatus est: quæ significatio & Festum Pompejum auctorem habet.

Unusquisque sua voluntate) Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit, nisi publice per Pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis in locum suum. (1) Notandum hic in transcursu, antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris, nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat; Cic. 2. *de leg.* 23. *leg.* 3. §. *divus* 5. *de sepulcr. viol.* itaque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr Greg. *lib.* 33. *Syntagm. cap.* 33. Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulcra constituebat, familiaria dicebantur, quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterf. jure hæreditario acquisierat, hæreditaria, *l.* 5. *leg.* 6. *pr. de rel. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur a Magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis fere, aut ipsis etiam Ecclesiis, in quibus tamen privatum sepulcrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulturæ etiam aliis vendi possit, Grot. 2. *intr. cap.* 1. Monac. *in l.* 4. *C. de religios.*

Dum mortuum infert in locum suum) His verbis docemur, duo esse necessaria; ut locus fiat religiosus; ut in eum mortuus inferatur; ut inferatur a domino loci. Primo non consecratione, aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui: unde sepulcrum ab Ulp. definitur, ubi corpus, ossave hominis condita sunt, *l.* 2. *sepulcrum* 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulturæ destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum, aut humatum est; *dict.* §. *sepulcrum* 5. Ex quo efficitur, quod Divi Fratres rescripserunt, (2) Mausoleum inane sive monumentum purum memoriæ tantum causa factum, quod Græci κενὸν μνῆμα, & uno verbo κενοτάφιον appellant. Suetonius; *c.* 1. *in Claud. Tumulum honorarium*, religiosum non esse, *l.* 7. *h. t. l.* 6. *in fin. monumentum* 42. *de relig.* licet contra senserit Marcianus, motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait, *l.* 6. *in fin. h. t.* Nec dubium, quin iis Poetæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. v.* 303. citat Div. Gothof. ubi de Andromacha hæc ait Æneas.

> —— *Manesque vocabat*
> *Hectorem ad tumulum, viridi quem cespite inanem,*
> *Et geminas, causam lacrymis, sacraverat aras.*

Similis locus est ejusdem Poetæ *lib.* 6. *v.* 150. ubi sic ad Deiphobum idem heros;

> *Tunc egomet tumulum Rheteo in litore inanem*
> *Constitui, & magna Maneis ter voce vocavi.*

Denique si ossa hominis aut corpus conditum dumtaxat loco religionem afferunt, consequens est, ossibus, aut reliquiis effossis & translatis, locum religione solvi, *l. cum in universis* 44. §. 12. *de relig.* quamquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, *l.* 8. *eod.* (3) Alterum, quod ad locum religione obstringendum necessarium esse diximus, est,

ut is mortuum inferat, qui est loci dominus: neque sufficit pro parte indivisa dominum esse, aut nudam loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consectaria. 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit; utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet, & locus hac illatione religiosus fit, *hac §. in fin. l. 6. religiosum 4. eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invitis sociis: item *text. l. 6. §. si quis 6. comm. divid. l. 2. §. 1. in fin. de relig.* quod tamen sic comparat Callistratus, ut unusquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu cæterorum sepeliri possit, si non sit alius locus, ubi commode sepeliatur, *l. si plures 41. d. tit.* De loco puro a Jurisconsulto loqui apparet: nam in communi sepulcro quin unus ex sociis etiam obnitentibus ceteris, sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cum ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l. 6. §. pen. h. t. l. 6. §. si quis 6. comm. & hoc text.* 3. Nam posse proprietarium invito fructuario inferre, aut locum religiosum facere, ut hoc item §. *& l. 2. §. si usumfructum 7. de relig. leg. locum 17. de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Plane si proprietati dominus testatorem intulerit, qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. leg. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremo quod proprietario non licet invito eo, qui usumfructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.* VINN. Paucis noto, non semper verum esse quod *n. 1. ad hunc §.* notat Vinnius, locum factum religiosum non nisi quatenus corpus conditum aut humatum est. Pleraque enim religio occupabat certum spatium in frontem, & in agrum porrectum. Unde sæpe in marmoribus legimus. IN FR. P. X. IN AGR. P. XXI. Conf. Horat. *Serm. lib. 1. Satyr. 8. v. 12.* Unde & illud spatium maceriis includi consueverat, Barn. Brisson. *Antiq. lib. 3. cap. 15. & 16.* Sensus ergo *l. 2. §. ff. de relig.* est, non totum agrum, ubi conditum cadaver, religiosum fieri, sed locum tantum, qui sepulcro destinatus, & certo spatio finitus sit. Interpretationem hanc ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui tere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. HEIN.

Locum purum) Id est, qui humani juris est ἀβέβηλον, profanum, *d. leg. 2. §. purum 4. passim eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *leg. ultim. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, plura loca appellari areas in urbe.

Licet postea ratum non habuerit) Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. leg. 6. §. religiosum 4. hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. 4 Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse, cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *c. quod semel de reg. jur. in 6. leg. nemo potest 75. eod. l. Cod. de obl. & act.* in ... , aut Florentini, affirmative hunc locum legimus, *Licet postea ratum habuerit*, nec minus recte ... hic sensus, Licet locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non fit, tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparetur, *leg. semper 60. Cod. de reg. jur. cap. ratihabitionem ... eod. in 6.* Ceterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum locus non efficitur religiosus, non licet tamen domino propria auctoritate ossa illata, aut corpus tollere, *leg. 8. de relig.* sed actio ei in factum datur, per quam is qui intulit, aut tollere id quod intulit, aut loci pretium præstare cogitur, *leg. 7. d. tit.* Pretio autem præstito non est dubitandum, quin locus religiosus fiat. VINN. Lectione Florentina nihil sanius esse potest. Qui enim dici possit, dominum factum non ratum habere, in quod initio consensit? Unde & in *hoc §.* legendum: *licet postea ratum habuerit.* Nam ita & Theophilus legit; dum scripsit: *Sed & si quis inscio vel invito domino intulerit, & id ille cum rescisset, ratum habuerit, fiet & ita locus religiosus.* HEIN.

T E X T U S.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri, & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt: & ideo nullius in nobis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.*

N O T Æ.

10. *Sanctiones vocamus*) *leg. 41. ff. de pæn.* Fest. in *voc. Sanctum.* Cicer. *Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.*

COMMENTARIUS.

1. *Sancti appellatio quam late pateat?*
2. *Recte ne nostri etiam portas inter sancta numerent?*
3. *An capite plectendi & qui muros municipiorum violant?*

(1) CErtum est, longe latius patere appellationem sancti, quam hic accipitur, idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrob. *3. Saturn. 3. Sanctum*, ait, *interdum idem esse, quod sacrum, idemque quod religiosum, interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*: quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Proprie autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l. 8. h. t.* Hinc Legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legat.* item Reges, teste Cic. *pro reg. Dejot.* Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti*. Liv. *lib. 2. c. 33.* Fest. *in verb. sacrosanctum.* Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violentiam audaciam muniti atque confirmati sunt.

Veluti muri & portæ civitatis) *leg. 1. hoc tit. leg. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. (2) Ceterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui ἐν ταῖς Ῥωμαϊκαῖς muros ἱερούς, id est, sanctos esse scribit, portas non item, eo quod per eas cadavera efferantur; aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longe alio sensu quam nostri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Hetrusco certis sacris, muros aratro circumdabant, atque ambiebant; ubi vero portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret: sed aratrum suspendentes, portarum spatia

relin-

relinquebant intacta. Consulatur Varro 5. *de ling. c.* 32. Lat. Alexand. ab Alexand. 6. *gen.* 14. Alciat. *leg. pupillus* 239. §. *urb.* 5. *Cod. de verb. sign.* Cœl. Rhodig. *lib.* 14. *cap.* 5. Hinc mœnia jure Pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas est, aut aliquid in eis delinquere.

Quodammodo) Recte *quodammodo* τρόπον τινά. Neque enim proprie hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ, sed propter similitudinem, quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur, quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri, quod auspicato & solenni sacrificio signabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindic. jur. promiss. cap.* 7. qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & portæ civitatis quodammodo divini juris sunt.*

Ideo autem muros sanctos) Notatio verbi *sanctus*. Marcianus, *l.* 8. §. 1. *h. t.* a sagminibus Legatorum deducit, id est, verbenis, seu herbis puris, quas Legati populi Romani ferre solebant, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traduntur, & Festum auctorem habent in voce *sagmina*, & Aggenum Urbic. *in comm. ad Front.* qui utrumque & *sanctum* & *sagmina* a sanciendo, id est, confirmando, deducit. A sanguine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consuetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. *in Catilin.* commemorat, putat D. Hotom.

(3 *Quia pœna capitis*) Violare muros capitale est: sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alias quam per portas egredi non licet: cum illud hostile & abominandum sit; nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. *de offic. c.* 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius, solum se, quam cum altero regnare. *Omisit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem; & tamen muri caussam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum est, an & qui eas violant, pœna capitis puniendi sint. Vulgo placet non esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. *in d. l. ult.* Ang. Mynf. Schneid. & alii *hic*. Quæ sententia sane benignior est. Nec obstat, quod etiam muri municipiorum sancti sunt, *leg.* 8. §. 2. *h. t.* Neque enim quicquid sanctum est, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod capite non plectitur, sanctum non est. Satis enim est ad hoc ut sanctum sit, ut ab injuriis hominum defensum, aut sanctione aliqua subnixum sit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sane in bello si quis vallum transcendat, aut per muros castra ingrediatur, capite punitur, *l.* 3. §. *nec non* 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Bus. ap. *d. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.*

Ideo & legum, &c. sanctiones vocantur) *l. sanctio* 41. *de pœn.* Cicer. *in Verr.* 6. *Nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis, qua pœna constituitur τοῦ πλασία τῷ νόμῳ, speciatim sanctio dicitur, quia efficit, ut legi sua auctoritas & sanctitas constet *arg. d. l.* 9. §. 3. *hoc tit.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari, satis notum est. Scholiastes ad illud Horatii: *Sanctarum inscitia legum: Aut participium est a Sancio, id est, firmarum: aut sanctarum, id est, sacrarum, ut fœdus sanctum dicitur & sacrum.*

TEXTUS.

De rebus singulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt. Quarumdam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium; quarumdam vero jure civili. Commodius est itaque a vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda?*
2. *Perperam in hac disputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid sit dominium, & quam large nonnumquam ea vox usurpetur?*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commode revocari.*

Secunda pars hujus tituli, cui respondet titulus ff. *De acquirendo rer. dominio.* Huc usque disputatum de differentia & jure earum rerum, quæ extra patrimonium sunt. Sequitur nunc alterum rerum genus, earum videlicet, quæ sunt in patrimonio: quæ ob id etiam privatæ dicuntur & singulorum propriæ. Hæ res varie item distingui possunt. Nam primo quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent ut hæreditas, universum alicujus patrimonium, vel generis ut fundus, homo, vestis: quædam singulares; ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt: quædam incorporales; de quibus *tit. seq.* Corporalium iterum quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles, *l. moventium* 93. *de verb. sign. l.* 15. §. 2. *de re jud.* (1) Duo vero præcipue hic nobis spectanda, id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem: vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc, dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium & utile vocant; qualia sunt jus emphyteuticum & superficiarium) usus, ususfructus, jura prædiorum, jus possessionis, pignus sive hypotheca Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotio est *bechering.* jus ad rem sive in personam, *inschult.* Idem jus in rem distinguit in jus possessionis, *besit-recht*; & jus dominii, vel quasi, quod *eygendom.* vocat; eaque voce reliqua in re jura comprehendit, *lib.* 2. *manud. cap.* 1. Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, sed commercium opponit. (2) Non recte, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa, quæ in bonis nostris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio; sed Jus personæ, quod non omnes, qui in civitate sunt, habent. Est enim jus emendi, vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l.* 5. *de just. & jur. leg. quod si minor* 24. §. 1 *de minor.* Ulp. *tit.* 19. §. 4. Unde quæ res vendi, in stipulationem aut conventionem deduci non possunt, commercio di-

cuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam hoc pertinet: at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercii significatio apud Latinos tam late non patet, quam apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκούσια, quam ἑκούσια, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re a dominio separata acquiruntur, aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit. in quo si certe methodi leges non satis accurate Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. 3 De modis acquirendi dominii ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est plena in rem potestas, §. ult. inst. de usufr. sive jus de re pro arbitratu statuendi, l. in re 21. C. mand. Hoc idem jus a re quæsita proprietas dicitur, l. 7. §. ex diverso 12. l. 23. h. t. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poss. quamquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur: a qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in tit. de usufr. quod & in voce dominii contingit, l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib. & videntur Veteres dominium proprie de re corporali dixisse, arg. tit. Pand. de acq. rer. dom. & tit. Pand. & C. de rei vind. ut tamen interdum largius eamdem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in l. 17. quib. mod. usf. am. l. 10. §. 3. h. t. l. 3. si usufr. pet. quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de speciebus juris in re disputat auctor doctissimus, altioris sunt indaginis. Non erat, quod seorsum inter jura in re recenseret usum, usumfructum, jura prædiorum, quum sufficiat, nominasse *servitutem*. Deinde nescio, qui omitti potuerit jus hæreditarium, quod jus in re esse patet ex l. 9. l. 19. ff. de hæred. perit. l. 1. §. fin. ff. si quadr. paup. l. 6. ff. de relig. Deinde jus possessionis non esse jus in re, vel inde patet, quod amissa possessione locum non habet actio realis adversus quemcumque possessorem, sed remedium personale unde vi leg. 7. ff. de vi. Vid. B. Huber. *Præl. ad Instit.* l. 4. tit. 15. §. 2. Zach. Hub. lib. III. diss. 5. c. 11. §. 17. seq. HEIN.

Multis modis) Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero lib. 1. de offic. c. 6. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

Nam propria telluris herum natura nec illum,
Nec me, nec quemquam statuit:

4 Horatius lib. 2. sat. 2. v. 129. seq. Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriæ causa commode revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt commodissime ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel facto nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim species sunt non tantum venatio, aucupium, piscatio; sed etiam specificatio, inventio, & apprehensio rerum, quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremo etiam, quæ transferuntur voluntate domini, quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est; ut quidquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcumque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequuntur: quorum alterum generali nomine natura appellari potest, alterum accessio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio est. Rectius dixeris, modos acquirendi vel *originarios esse*, vel *derivativos*. *Originarie* acquiri res, quæ in nullius sint dominio & quidem *simpliciter* substantiam rei acquiri per OCCUPATIONEM. *Secundum quid*, quæ rei nostræ accedant, per ACCESSIONEM. *Derivativum*, quo dominium ab uno ad alium transfertur, esse unicum, TRADITIONEM. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. HEIN.

Quo appellatur jus gentium) Hoc ideo additum, ne quis putet, hic intelligi jus naturale, quod omnium animantium inter se commune est, sed quod proprium est generis humani: sive, ut Cajus l. 1. hoc tit. explicat, id, quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in l. 1. de pact. ut jus naturale, cum ad actus refertur, qui hominum proprii sint, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo recte dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum acquirendarum præcipuas, quæ ex illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda [illegible].

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres, & pisces, & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest feras bestias, & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, eo usque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cum vero tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.*

NOTÆ.

12. *In suo fundo, an alieno*) Quocumque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirifice conveniunt cum traditionibus Hebræorum; de quibus Selden. de jur. nat. juxt. disc. Hebr. cap. 4.

Prohiberi, ne ingrediatur) Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, l. 16. ff. de serv. pr. rust. & si quis id fecerit, tenetur actione injuriarum, leg. 13. §. ult. de injur. Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis) Non tantum ergo, si impossibilis, ut male Accurs. l. 5. pr. l. 44. cod.

COMMENTARIUS.

1. Unde æstimandum, utrum animal ferum sit, an mansuetum?
2. Feras etiam in fundo alieno captas fieri capientium, & quid de piscibus captis in alieno stagno?

3. *Quid si quis fundum alienum contra prohibitionem domini ingressus feram ceperit?*
4. *Venando capta non diutius nostra manere, quam quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium acquirendarum primus & præcipuus est occupatio: quæ quam late pateat ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §. *seqq.* descriptis, ex *l.* 3. *& l.* 5. *eod.* agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur: cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestiæ, quadrupedes, pisces, simul atque ab aliquo captæ, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus reductæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longe antiquissimum, ipsique a Deo lege creationis concessum, *cap.* 1. *Genes. & Psalm.* 8. Quæ & Stoicorum sententia est, teste Cicer. 1. *offic.* 6. & Aristotele 1. *pol.* 4. cum ajunt omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Feræ) Ferum est, quicquid a cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus a natura vis insita est libere vagandi in terra, mari, aere; unde feras a ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod e conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal, an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. *pavonum* 15. *infr. eod.* (1) Ceterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent dumtaxat, quæ vel a nullo adhuc occupata sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Cælo) Cælum pro aere, οὐρανὸν εἰώθασι, κατὰ τὸ πάνυ ἔθος τῶν ἰδιωτῶν, ... ἅπαν ἄχρι ... γῆς ... Galen. *comm.* 2. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. cap.* 6. *vers.* 26. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ.

Quod ante nullius est) Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias, quas quamdiu hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Gajus, *l.* 1. *de rer. div.* nam hæreditas interim pro domino est; *leg. non minus* 31. §. 1. *de hæred. instit.* Simile axiomati proposito est illud Quintiliani *decl.* 13. *Quod omnibus nascitur, industriæ præmium est.* Plaut. *in Rudent. act.* 4. *SC.* 3. *Meum est, quod rete atque hami nacti sunt.*

Nec interest, utrum in suo fundo) Amplificatio regulæ positæ, nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri; cujus amplificationis ratio non est obscura. Nam quocunque loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, & consequenter transeunt in jus occupantis. (2) Igitur & pisces, qui in alieno stagno sunt, & feræ, quæ in sylvis circumseptis vagantur: quoniam relictæ sunt in naturali libertate, *l.* 3. §. *item feras* 14. *de acq. poss.* Scio, hoc displicere Hotomanno & VVesembecio. Sed profecto si pisces isti aut feræ a nobis non possidentur, quod diserte scribit Paul. *d. l.* consequens est, nec eorum nos dominos esse; cum hæc sit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit, nec retineri, quod vel unicus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectandam hic esse locorum consuetudinem, ut & in aliis plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro sæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ sylvis privatis, & pisces stagni inclusi, ut possideri, ita & in dominio esse credantur. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 8. *n.* 2. D. Tulden. *hic cap.* 17. Quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, *dict. l.* 3. §. *item feras*, 14.

(3) *Potest a domino prohiberi*) Quid si nihilominus ingressus sit, & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & recte. Nam id regulæ superiori omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, *leg.* 16. *de serv. rust. præd.* nam prohibitio illa conditionem animalis mutare non potest, neque efficere, ut id quod captum est, fiat prohibentis: alioqui non nuda prohibenti actio injuriarum pateret, *l.* 13. §. *ult. de injur.* sed rei vindicatio & condictio furtiva, vid. Christin. *volum.* 5. *dec.* 84. *num.* 17. *& seq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio & piscatione consistat, *arg. l. venationem* 26. *de usur. l.* 9. §. *aucupiorum* 5. *de usufr.* Sed enim si illa vere in fructu sunt, ne inscio quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient. A communi sententia recedunt Cujac. 4. *obs.* 2. VVesemb. ad Schneid. D. Tuld. *hic cap.* 16.

Eousque tuum esse intelligitur &c.) Alia superioris propositionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. (4) Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi vero evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *eod.* Christin. *d. dec.* 84. *n.* 20. Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Cæterum ne quis hic judicii æquitatem desideret, placuit, ita demum custodiam prioris domini animal semel captum effugisse, & libertatem naturalem recepisse videri, si sic evaserit, ut vel oculos domini effugerit, vel sit quidem adhuc in conspectu ejus, sed ita, ut sine summa difficultate id persequi non videatur, *d. l.* 5. *in pr. l. Pomponius* 44. *h. tit.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur, sequendum erit. Gloss. Porc. Cantiuncula *hic*.

T E X T U S.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & eousque tuam videri, donec eam persequeris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere solent, ut eam non capias.*

N O T Æ.

13. *Non aliter quam si ceperis*) *d. leg.* 5. §. 1. Non enim spe & animo feræ nostræ fiunt, sed manu & occupatione, *l.* 55. *eod.*

Multa accidere solent) Sicut est in adagio Græco,

[illegible], *Inter eo & ej- jam* [illegible], Gen. 13. *cap.* 16.

COMMENTARIUS.

1. *Non* [illegible], *si* [illegible] *feram* [illegible].
2. *Cur cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non* [illegible] *ut capta est, nostra esse desinat?*
3. *Quinam* [illegible] *capiendi feras* [illegible] *& interpretatio: num.* 4. & 5.

1 FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita a venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur, statim venantis esse, eamque tamdiu manere, donec illam persequatur. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula, non venantem & persequenti, sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici, feram cepisse, qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint, quæ spem illam frustrentur, & ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *eod.* [illegible], ut in [illegible] Græco. Atque ita [illegible] Christin. *vol.* 5. *dec.* 84. *n.* 32. Grotius *lib.* 2. [illegible] *cap.* 4. [illegible], cum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut [illegible] a ministris [illegible] molestari posse. Cur vero, inquis, cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non & ex contrario semel capta, si nobis evasa sit, statim nostra esse desinit, sed tamdiu nostra manet, quamdiu eam cum spe recuperandi persequimur? 2 Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum [illegible] gentium ceperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, eiusque apprehendendæ animum & [illegible] aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *leg.* 1. §. 1. *leg.* 3. §. 1. *de acq. vel amitt. poss.* Ad retinendam autem possessionem semel quæsitam [illegible] animus sufficit, *dict. leg.* 3. §. [illegible] 25. *unde vi*: eamque animum [illegible], quamdiu non vana spes est fore, ut mox eam recuperemus; at spe recuperandi sublata, [illegible] animum quoque possidendi [illegible], *l.* 44. *hoc tit. leg.* 6. §. [illegible] *de acq. poss.* 3 Nostro jure fiunt quidem feræ etiam [illegible], sed non promiscue omnibus venari permissum est: nam Principes sibi fere hoc jus vindicarunt, saltem circa certa genera animantium, certosque capiendi modos. Feras minores; puta lepores, [illegible], nobilibus etiam capere licet certis anni temporibus, [illegible] capiant in locis Principi specialiter reservatis: [illegible] jus & nonnullis aliis rationibus [illegible], qui legibus [illegible] continentur. [illegible] longo tramite [illegible] Principis [illegible] est. De jure piscandi alibi [illegible]. [illegible] Grot. *lib.* 1. *manud. cap.* 4. [illegible] pertinentia. Non [illegible] nostris, sed [illegible] Regnorum constitutionibus [illegible] est. Constitutione Friderici [illegible] retiris retia, laqueos, aut [illegible] capiuntur: quas bestias credibile est [illegible], quia tanta earum [illegible] atque [illegible], ut [illegible] eas ab omni [illegible] *lib.* 2. [illegible] 27. [illegible]. [illegible] venatione interdictam Clericis, ne hac volupta-

te capti cultum divinum deserant, *cap.* 1. & 2. *de Cler.* [illegible] 5. [illegible]. Sunt qui existimant, non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri, ne feras capiant, captasque suas faciant, quoniam jure naturæ, quod immutabile est, hoc omnibus licet, Tiraq. *de* [illegible] *cap.* 37. *num.* 144. [illegible] *consi.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. & alii relati apud Bachov. *vol.* 1. *contr. cap.* 4. Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Jam vero etsi lex civilis nihil potest præcipere quod Jus naturæ prohibet, aut prohibere quod præcipit; potest tamen libertatem naturalem circumscribere, & vetare quod naturaliter liceat, atque etiam ipsum dominium naturaliter acquirendum vi sua antevertere, D. Grot. 2. *de jur. bel. cap.* 2. *num.* 5. & *tit.* 3. *num.* 5. Quæ etiam est sententia Covarr. *in practic. cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 8. cum ait feras, volucres, & cætera animalia jure naturæ non esse communia positive & affirmative, quia omnium propria sunt; sed negative, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potius quam alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quod sæpe in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse, talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cum autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere jus ipsum naturæ dictat. Unde autem nata est tanta juris quondam communis mutatio? Opinor partim ex consensu populorum, qui jus venandi in compensationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerant; partim ex ipsorum Principum potestate, quibus visum sit publicum expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur; tum ne tota tandem species multitudinem venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeji homines studio venationis ab agricultura, aut opificiis avocarentur: & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud VVesemb. *parat. de acq. rer. dom.* Covarr. *pract. loc.* Bachov. 1. *contr.* 1. Card. Tusch. *pract. concl. jur. lit.* 8. *V. concl.* 41. Christin. *vol.* 5. *dec.* 84. *num.* 37. & *seqq.* Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licet incidat in pœnam legibus constitutam, fere tamen nihilominus illius fit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est, sed quasi ab indigno ex pœnæ causa. Eadem plane ratione quæ [illegible], jaculi, aut [illegible] genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quod si vero id, quod is ceperit, alteri contra [illegible] capienti ex [illegible] sit, animi hoc ei non poterit [illegible] tacitus, aut alium possidet, ut ab eo [illegible] queat. Neque enim potest pœnam legis [illegible], qui nihil delinquit, nihil contra legem fecit, *l.* [illegible] *num.* 131. *de verb. sign.* Hæc non [illegible] est, quod de fera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari [illegible]. [illegible] Covarr. *d. l.* 8. *n.* 5. & *seq.* Christin. *vol.* [illegible] *cap.* 2. 17. Gudelin. 2. *de jur. nov. c.* 2. Zybæus *natav. jur. Belg. de jur. fisc.* & *tit. de venat. ferar.*

TEX-

T E X T U S.

De apibus.

14. *Apium quoque fera natura est. Itaque apes, quæ in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuæ intelliguntur esse quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint, ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane integra re, si prævideris, ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eo usque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est: alioquin occupantis fit.*

COMMENTARIUS.

1. *Omnes apes natura feras esse, non eas solas, quas rei rusticæ scriptores sylvestres appellant.*

QUia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus, quippe quas Plinius tradit, nec mansueti generis esse, nec feri, *lib. 11. nat. hist. cap. 5.* Varro *lib. 3. de re rust. cap. 16.* in feras & cicures distinguit, uti & Columella *lib. 9.* Plinius *dict. lib.* 18. in rusticas sive silvestres, & urbanas. Ulpianus noster *leg.* 8. §. 1. *fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cum ex sententia Pomponii respondet, apes venire in judicium familiæ erciscundæ, quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus vero in eadem re feras a cicuribus manifeste separat, *leg. si apes 26. de furt.* (1) Sed dubitandum non est, quin utut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris; ut hic ex Cajo *l. 5. §. 2. hoc tit.* refert Justinianus. Libere enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia mutant, etiam quæ aliquamdiu inclusæ fuerant. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis; fortasse quod in iis quid observarit, quod naturam animalis mansueti sapiat; tamen in hoc quod tractamus argumento, pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis. Nam cum feras cicuribus non natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascitant in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur; satis apparet, cicures, eum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansuefiant quam sylvestres. Ulpianus autem *d. leg. 8. §. 1. fam. erc.* aperte loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuefactæ sunt, ut ubi evolaverint, eundem locum sponte repetant: neque aliis apibus feras opponit Paulus *d. l. si apes 26. de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris mansuefacta, atque ita consuefacta sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent, eodem jure quo mansueta haberi. Unde recte argumentatur Quintilianus *declam.* 13. apes, quæ ex alveariis nostris mane evolant, & vespere domum sua sponte revolant, finemque nionis sui sponte mutantur, nostras esse. VINN. Recte dicantur apes feræ naturæ esse, si bipartita est divisio in bestias *feras & mansuetas*. At si easdem dividis in *feras mansuefactas*, & mansuetas, quæ sæpe unius ejusdemque rei nota bipartita, modo dispar ita divisio est. Vid. Cel. Noodt. *Probab. l. 1. cap.* 12. 2. tum apes non sunt feræ naturæ, quæ alvearibus inclusæ evolant, & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *leg.* 8. §. 1. *fam. ercisc.* Manifestum autem inter animalia *fera & mansuefacta* discrimen est. Illa sunt nullius, & fiunt occupantis, hæc sunt in dominio, & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non deposuerint, *l. 5. §. 6. & l. 4. ff. de acq. rer. dom.* Hinc facile patet cur §. 16. infra *hoc tit.* negetur anserum & gallinarum feram naturam esse, cum tamen dentur & anseres, gallinæque feræ naturæ. HEIN.

Antequam a te alveo includantur] Nam inclusio hæc occupatio est. Quæ autem animalia semel nostra facta sunt occupatione; ea tamdiu nostra manent, neque ab alio occupari possunt, quamdiu possessionem eorum retinemus, *d. leg. 5. §. quod 16. de acq. poss.* Alveus autem est [illegible]; plexa ex vimine, aut [illegible] cortice: favum ipsæ sibi apes conficiunt. *Varr. de re rust. cap.* 16.

Volucres quæ in arbore tua nidum fecerint] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipsæ, aut pulli earum tui censeri debeant; ita nec apum in arbore tua consessio facit, ut aut ipsæ, aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primo occupanti aut invenienti cedunt. Quæ apum, eadem & favorum ratio est, si quos forte in arbore tua fecerint, antequam a te alveis includerentur, *d. l. si apes 26. de furt.*

Poteris eum jure prohibere] Et eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa tuum fundum velit ingredi, adversus quem, si te invito ingressus fuerit, prodita tibi est actio injuriarum, ut non multo ante diximus ex *l. 13. §. ult. de injur.*

Examen] Non solum vetus, sed & novum apum recens natarum, quæ ex alveariis ad novas sedes quærendas a parentibus extrusæ sunt: nam si parentum fera natura est, necesse est & feram naturam esse prolis.

T E X T U S.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus mansuefactis.

15. *Pavonum quoque & columbarum fera natura est, nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. Cervos quoque quidam ita mansuetos habent, ut in silvas ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est: ut eo usque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, & fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

N O T Æ.

15. *Pavonum & columbarum d. l. 5. §. 5.* Sed hæ volucres facile cicurantur, & domibus adsuescunt, ut quæ natu-

natura minus feræ sunt, minusque abhorrent a consuetudine hominum. Vid. Var. 3. de re rust. 7. Colum l. 8. c. 15.

Revertendi consuetudinem deseruerint] Ultro, non si ab alio detenta, l. 8. §. 1. ff. fam. erc. Hoc autem totum ex circumstantiis judex æstimabit. VVesemb.

COMMENTARIUS.

1. *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æque feram naturam habeant.*
2. *Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.*

SEcundo eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis, saltem quoad quædam genera. Nam ad pavones quod attinet, distinguunt rei rusticæ Scriptores pavones agrestes, qui insulas & nemorosa loca captant, ab iis, qui in prædiis gregatim pascuntur. Varro lib. 3. de re rust. & Columel. lib. 8. cap. 11. Idem Varro dict. lib. 7. Duo itidem esse genera columbarum tradit: unum agreste, quod habetur in turribus & culminibus villæ, & unde & columbæ appellatæ sint; alterum clementius, quod cibo domestico contentum intra limina januæ pasci solet. (1) Porro ex domesticarum & agrestium conjunctione nasci & miscellum tertium genus. Sed item hic responderi potest quod de apibus, esse quædam genera pavonum, itemque columbarum, quæ natura minus feræ sunt, minusque ab hominum consuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi, quia facile avolant, & cum agrestibus sese commiscent. Certe Caius leg. 5. §. pavonum 5. hoc tit. & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt, quæ sunt generis feri, quod & D. Grot. facit lib. 2. man. cap. 4. Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. leg. si pavonem 37. de furt. sed opinor mansuetum dixisse pro mansuefacto. Illud nullum argumentum est mansuetudinis, quod hæ aves ex consuetudine evolare & revolare solent; nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura est, ita mansuefieri posse constat, ut aliquo abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti a Tyrrhei liberis & præsertim Sylvia filia habemus apud Virgilium lib. 7. Æneid. & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. in Sertor. Fatendum tamen est, pavonibus & columbis hoc propemodum naturale esse, & placidis in eo similiores quam feris.

In iis quoque animalibus] Natura videlicet feris, de quibus hic sermo est. nam in animalibus placidis, quæ hominum consuetudine natura gaudent, obtinet quod ex Cajo traditur §. seq.

Cum revertendi consuetudinem deseruerint] Quod ex circumstantiis judex æstimabit. Neque enim placet eorum sententia, qui consuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur, quamvis id plerique faciunt, teste D. VVesemb. hic. Enimvero si quis, verbi gr. columbas, quæ ex columbariis nostris avolant & revolant, variis rationibus avertit, itaut animum revertendi deponant, dubium non est, quin in furtum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, leg. 8. §. 1. famil. erc. Gallorum moribus animalia, quæ ex consuetudine abire & redire solent, dominorum esse non desinunt, nec fiunt occupantium, quam is custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi, quod maxime in falconibus & accipitribus observatur. Jod. ab. hic. Autumn coll. jur. Gall. ad l. 6. cod. Idemque de moribus nostris testatur Croenevv. d. l. abrog. hic. VINN. Jure Germanico veteri, pavones, columbæ, immo & picæ & cornices mansuefactæ mansuetis animalibus accensentur. VVeichb. art. 118. Et tamen fiunt occupantium, si citra dolum intra quatriduum domum non redierint. VVeichb. ibid. & jus prov. Suev. hic cap. 356. §. 1. Quæ juri Justinianæo plane repugnant. De usu hodierno conf. Schilter. Exerc. 45. §. 19. HEIN.

TEXTUS.

De gallinis & anseribus.

16. *Gallinarum autem & anserum non est fera natura; idque ex eo possumus intelligere, quod aliæ sunt gallinæ, quas feras vocamus, item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallinæ tuæ, aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuæve esse intelliguntur; & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.*

COMMENTARIUS.

1. *Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionem furti.*

(1) POstremo dubitandum gallinis & anseribus, & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod Cajus facit, leg. 4. §. gallinarum 6. hoc tit. Mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt: quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum: eamque naturæ differentiam in omni suo genere animalium animadverti posse, testatur Plinius l. 8. cap. 53. De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsere idem Plin. lib. 10. cap. 21. Varr. lib. 3. de rust. cap. 9. Columel. l. 8. cap. 2. Pallad. lib. 10. cap. 30.

Quocumque loco sint, tui tuæve] Regula generalis est, ad omne genus animalium mansuetorum pertinens, ea nostra manere, quamvis ita aufugerint, ut neque sint in conspectu nostro, & ubi ea sint ignoremus, vel quocumque modo hoc accidit: neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinit, quamdiu recipi potest; & si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit, suam non faciet; sed repetenti mihi restituenda est, leg. Pomponius 44. hoc tit. Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hactenus diximus, observentur. 1. Feras, quarum [illegible] tas vel nunquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansuefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censeri, deposito revertendi animo, ut ceteras feras secundum regulam concedi occupanti.

Furtum committere intelligitur] l. 5. §. gallinarum 6. d. l. Pomponius 44. hoc tit. quod & in mansuefactis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consuetudine abire & redire solitæ essent, interceperit, leg. 8. §. 1. famil. erc. leg. si pavonem 37. de furt. Atque his omnibus locis traditum est, etiam actionem furti nomine competere: nempe quia hoc exigit ratio justitiæ, quæ non ex

Quæ

quantitate, sed ex suis regulis debet astimari. Cui contrarium non est quod legimus, actionem de dolo ob rem, vel summam minimam, veluti ob duos aureos, non dari, *l. 9. in fin. cum 2. ll. seqq. de dol.* Siquidem actio de dolo, præterquam quod æque ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium dumtaxat si alia actio non sit, & res alicujus momenti esse videatur, comparatum, *leg. 1. §. ait prætor 4. de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur quæ de furto rei minimæ eleganter disserit Illustris Bynkersh. *Observ. lib. 1. cap.* 3. HEIN.

T E X T U S.

De occupatione in bello.

17. Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur: qui tamen si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

N O T Æ.

17. *Ex hostibus capimus*) *Leg. 5. §. ult. leg. 7. pr.* Atist. 1. *pol.* & *s.*

Nostra fiunt) Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, *l. 1. §. 1. ff. de acq. poss.* & tam res immobiles quam mobiles. Capientes intelligendi non tantum qui per se capiant, sed etiam qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerio eorum utitur, acquirunt: hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, *l. pen. ff. ad leg. Jul. pecul. leg. 20. §. 1. ff. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt; quia non capiunt ut ministri. Grot. 3. *de jur. bell. cap.* 6.

COMMENTARIUS.

1. *Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius, & ideo iis concessas, qui primi earum possessionem adepti essent, vel per se, vel per alios.*
2. *Agrum hostilem, non nisi actu publico capi posse; ac proinde captum fieri publicum populi.*
3. *Mobilia & se moventia, quæ in ministerio publico capiuntur, & ipso fieri populi: alias eorum, qui manu capiunt. & quid hodie?*

QUod hic & apud Cajum *leg. 5. §. ult. eod.* traditur, ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus, agrum ex hostibus captum publicari, *l. 20. §. 1. de capt. & postlim.* Bona captivorum in fiscum cogenda, *leg. divus 31. de jur. fisc.* Captivos ab Imperatoribus vendi solere, *l. 4. §. de stat. hom.* Qui prædam ab hostibus captam intercipit, lege peculatus teneri, *leg. pen. ad leg. Jul. pec.* In corpore Canonum distribui prædam publico arbitrio, *cap. dicat aliquis cap. 23. q. 5.* Apud alios, manubias id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri in ærarium, Gell. *lib. 13. cap. 23.* Vellej. *lib. 2.* Cic. 3. *epist.* 7. Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, eum fieri publicum, sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles, & se moventes, plerique putant, has primo ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiant: Cæterum Duci assignandas, qui inter milites, distribuat, Bart. *in leg. 28. de capt.* Alexand. & Jas. *in leg. 1. de acq. poss.* Covarruv. *in cap. peccatum, pet. 1. §. 9. n. 6. de reg. jus in 6.* Alii censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus, Vacon. a Vacun. *lib. 2. c. 25.* Cujac. 19. *ob.* 7. Merenda simpliciter populo aut Principi, cui bellum geritur, *lib. contr.* 22. Sed nulla harum sententiarum probanda; potuit sane consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis, qui manu caperet, in dominium cederent: sed quid voluerint quærimus. Id vero nos docet Paulus ex Nerva filio, *leg. 1. §. 1. de acq. poss.* nimirum: (1) jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco, quam quo sunt res nullius, ac proinde eorum fieri, qui primi earum possessionem nacti sunt. Non distinguunt in hoc negotio inter res mobiles & soli: neque distinguere debuerunt. Nam quæ nullius sunt, sive immobilia sint, sive mobilia, semper fiunt capientium; sed tam eorum qui per alios, quam qui per se capiunt: neque enim servi tantum aut filiifam. sed & liberi homines, qui venando, aucupando, piscando, margaritas legendo, operam suam addixerunt, statim ejus quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur. non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus; locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse utrum per se quis faciat, an per alium, *l. ea quæ 53. hoc tit. l. 1. §. per procuratorem 20. l. 3. §. 1. de acq. poss.* Sic apud Græcos, qui Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, a quibus mittebantur. Igitur res expedienda est cum D. Grotio 3. *de jur. bell. c. ...n.* 10. & Div. Tuld. *in comm. hic pag.* 29. distinctione facta inter actus vere publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primo ac directe privatis. (2) Res soli, nisi publico actu, immisso exercitu impositis præsidiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus fit populi, qui ex hostibus captus sit, *l. si captivus 20. §. 1. de capt.* Solebant autem Romani, ut non obiter addam, agros ex hostibus captos aut totos publicare, aut partiri in victorem populum, aut per censores locare, interdum modico veteri possessori honoris gratia relicto, aut distrahere, aut assignare veteranis, aut certum iis vectigal imponere: quarum rerum passim in legibus, historiis & agrimensorum commentariis testimonia extant, vid. l. 15. §. 2. *de rei vind. l. 11. de evict.* consule porro Brisson. 4. *select. ant.* 1. Pet. Fab. 2. *semest.* 3. & 4. Connan. 3. *com.* 5. Mobilia vero & se moventia aut in ministerio publico capiuntur, aut extra illud. (3) Priore casu etiam illa populi fiunt, cui hic singuli ut ministri operam navant, nam utut Ducibus exercitus prædæ dispensandæ aliquod arbitrium concessum fuerit; tamen actus sui rationem debebant populo: de quo late Grot. *ubi sup. n.* 11. Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium, quod extra actum publicum capiunt. non intelliguntur capere, ut ministri. Atque huc referendum est illud Cels. *l. transfugam 51. §. h. t. Quæ res hostiles apud nos sunt; non publicæ, sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est, bello exorto, apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam

in

in rem elegans est locus Tryphonini *l. in bello 12. pr. de capt.* *Verum in pace*, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto* ita legendum, non *suo pacto*, ut habent libri *deprehenduntur*. Ergo hoc adscribit Jurisconsultus, quod nullo suo merito in servitutem deveniunt: nam sane hujusmodi adscribere translatitium est. Idem [illegible] Nepoti: *Capti sunt Romæ Metellis Consulibus*. Hinc etiam est, quod si quid milites capiant non in prælio, aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure, aut solo permissu faciunt, id sibi statim acquirunt: capiunt enim sua ut [illegible]. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in [illegible] & in aliis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque faciat, quod cepit, in excursibus vero certa omnia fiunt eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda. VINN. Mirum hic discrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam quæ stipendio meretur; & quæ suo sumptu militat ipse prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica vere sit modus adquirendi? Sane enim, quod iniquum sit, ab alio non posse sine injuria auferri, etiam tamen belli semper jus sit, rem suam a me [illegible] recuperandi. Dicendum itaque videtur, occupationem bellicam modum adquirendi esse ratione tertii, non ratione ipsius hostis, nisi accesserit hujus renuntiatio in conditionibus pacis. HEIN.

[illegible] *homines in servitutem*) Hoc etiamnum in [illegible] aliisque locis Turcarum imperio vicinis observatur. Cæterum Christianarum pene omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tantum detinere liceat, donec pretium redemptionis [illegible], quod *lib.* 1. meminimus me fusius explicasse.

Pristinum statum recipiunt) Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint: nam ratio postliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod [illegible] est, natalibus non officere manumissionem, §. *ult. sup. de ingen.*

T E X T U S.

De occupatione eorum, quæ in litore inveniuntur.

18. *Item lapilli, & gemmæ, & cætera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.*

C O M M E N T A R I U S.

ACquisitio naturalis & quidem occupationis species est inventio. Et pro duplici objecto distingui potest in duo genera; nam aut earum rerum est, quæ [illegible] nullius fuerunt, aut earum, quæ deseruntur [illegible], quales sunt thesauri, & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agitur; de ulteriore in §. [illegible] 39. §. *pen. inf. eod.*

Lapilli & gemmæ) Margaritæ, conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari, aut litore maris nata, nec ab alio ante occupata inveniuntur *l. 3. de rer. div. l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* Quod autem a mari productum non est, sed a navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in litus expulsum est, eorum [illegible] est, qui ejecerunt, vel naufragium fecerunt, §. *ult. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, *l. cum aurum 19. §. gemmæ* 17. *de aur. arg. leg.* quod gemmæ proprie dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt, lapilli, qui sunt contrariæ naturæ; quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis Scriptoribus observetur, nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprendat Valla. Vid. Alciat. *lib. 4. de verb. sign.* VINN. Nimirum gemmas lapillosque varie discernunt veteres. Modo gemmæ ipsi sunt uniones, *lapilli* alii lapide pretiosi: V. C. Broukhus. Tibull. *lib.* 1. *Eleg.* 9. modo gemmæ vocantur lapides pretiosi, lapilli minus pretiosi, Apul. *in Florid. pag.* 346. modo gemmæ & lapilli accipiuntur promiscue. Brod. Miscell. *lib.* 10. *c.* 17. Sed hic non quæritur, quid alia significent hæc vocabula, sed quomodo interpretanda sint in materia de legatis. Hic JCtis aliquid permittendum fuit. Vid. omnino V. C. Carol. Andr. D. Dukerum. de *Lætin. JC. p.* 209. *seq.* HEIN.

Statim inventoris fiunt) Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit, & notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant; sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur, *l.* 1. §. 1. & ibi Corasi. *num.* 12. *l.* 3. §. 3. *de acq. poss.* Connan. 3. *comm.* §. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Cæterum si quis non in totum præoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit; judicatum fuit, inventorem esse præferendum, Horat. Rom. *dec. Lucens.* 23. D. Tulden. *hic cap.* 3. Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam omissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjectæ sunt: exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

T E X T U S.

De fœtu animalium.

19. *Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.*

C O M M E N T A R I U S.

QUæcunque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus, facto, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat, fructum, hoc est, quidquid ex ea nascitur, aut provenit, & accessionem, hoc est, quod ei accidit, ita ut unitum ab eo tribuatur, aut [illegible] distinctio docendi causa a nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim [illegible] nomine comprehendunt, cujus deinde duo genera [illegible], puta fœtus animantium: & [illegible], veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cujacius & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt, aut ex iis nascuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non equidem vera, sed ficta & commentitia; quasi ipsa quodammodo a re nostra, & per eam a nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis, ubi sine iis res æque intelligi potest. Mitto, quod hæ res etiam ignorantibus nobis acquirantur, atque adeo invitis. Præterea hic

Sed

§. ad fœturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

Ex animalibus nostris) *Loc. 2. l. 6. h. tit.* Item partus editi ab ancillis nostris, §. *pen. sup. h. tit. post.* In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive solida, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et plane hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus, & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Plane autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri sunt, qua nostri fiunt, quæ in solo nostro nata sunt; nimirum, ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta, *l. qui scit. 25. de usur. l. 11. C. de rei vind.* ita & animalia & ancillæ nostræ: qui instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt: nec vis maris inspicitur, quæ fortuita est, *l. 5. §. 2. de rei vind. l. 7. C. eod.* Atque ut fructus a solo nostro separati ideo nostri sunt, & manent; quia cum adhuc solo cohærebant, pars soli intelligebantur, *l. 44. de rei vind.* ita & fœtus ab animalibus nostris, & partus ab ancillis editi nostri manent, quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, *l. 1. §. 2. de ventr. inspic.* Adde, quod femina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim a domino alenda sit. Et si igitur doctiss. Grot. 2. *de jur. bell. c. 8. n. 18.* juri naturæ magis convenire putat, ut fœtus communicetur cum domino maris, si is non ignoretur; ego tamen in veterum sententiam concedo ob rationes, quas jam memoravi. VINN. Genuina hujus juris ratio fuit quod JCti, sequuti Stoicos, fœtum dicerent non animal, sed partem viscerum. Merill. *Observ. Lib. 1. cap. 16.* Quod principium, quamvis hodie deseramus, vel ideo tamen non sequimur sententiam Grotii, quod fœtus nullo modo concipi potest: tanquam pars patris. Conf. Pufendorff. *Lib. 4. de J. N. & G. cap. 7. §. 4.* HEIN.

T E X T U S.

De alluvione.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Juri alluvionis locum esse in agris arcifiniis, non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.*
2. *Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus?*

Potestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohæreant, atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit, vel facto & opera hominis, de quo genere *inf. §. si tamen 26.* & multis *seqq. eod.* vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; quæ latenter per alluvionem a flumine agris nostris adjiciuntur; quæ aperta vi fluminis de alieno avulsa cum prædio nostro unita sunt; insula in flumine nata; alveus a flumine relictus; quæ & totidem §§. ordine explicantur Cajo *l. 7. §. præterea 1. & seqq. eod.* & primum quidem genus in textu proponitur. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

(1.) *Agro tuo*) Arcifinio, scilicet, qui non aliam finem ea parte habet quam naturalem, id est, ipsum flumen; nam agros limitatos alluvionem non habere, diserte traditum est *l. in agris 16. eod.* & *l. 1. §. 6. & insula 6. de flum.* Quantum autem ex *d. l. 16.* colligere licet, ager limitatus dictus fuit ager ex hostibus captus, & deinde a Populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur: ut scilicet, quod extra hosce fines esset, id publicum maneret: sive quod accederet, id populo accresceret vid. Don. 4. comment. 27. Giphan. ad *d. l. 16.* Connan. 3. *comm. 5.* qui hanc rem cum cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualit. agror. & controversia limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur; paritque in hac re juris cum limitatis esse debent, ut jus alluvionis non habeant, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint, Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. c. 8. n. 12.*

Flumen adjecit) Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum naturalem habent, quo fit, ut ripas suas & terminos sæpe mutent; ita & solam alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant; tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *leg. lacus 12. eod.*

Incrementum latens) Alluvionem dicit esse incrementum latens, cum quid ita paulatim & obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro, ἀδήλως αὐξηθέντος. Ex uno crescit hujus acquisitionis æquitas; nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obscure detrahantur, ut intelligi non possit, si forte de his restituendis quæratur, quorum prius fuerit, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. p. 1. *tractat. Tiberiad.* & Baptista Aymus tribus libris. (2.) In hac regione quid de alluvionibus juris sit, certa aut generali definitione comprehendi non potest. Principis nomine contenditur, alluviones ut sequelas & appendices fluminum jura esse solius fisci. Alii contra id negant, estque hæc res admodum dubia propter diversitatem consuetudinum & rerum judicatarum. Plane in meridionali parte Holandiæ nemo pridem repertus est, qui jus alluvionis sibi vindicaret, nisi qui diceret, id a Principe sibi esse concessum, ut agrum assignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id est ad flumen usque: uti olim judicatum est de agris ad Mosam & Halam sitis, quia & in litteris mancipationum & in libris censualibus semper dicti erant ad flumen pertingere. Illud constat, agros, qui a Principe alicui conceduntur, certa mensura definiri, jus alluvionis non habere, quod extra eam mensuram ob alluvionem accedit, id acquiri fisco. In Zelandia vasallis de alluvionibus non movetur controversia, ne iis quidem, qui de civilibus tantum judices dant: propterea quod cum jurisdictione simul acceperant agrorum universitatem, salvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerant, aut a Principe siccati, vasalli idem juris consequuntur, quod populus aut Princeps habuit, vid. Grot 2. *manud. 9. & lib. 2. de jur. belli. c. 8. n. 12. & 15.* add. Groenew. *de legib. abrog. hic.*

TEX-

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane, si longiore tempore fundo vicini tuo hæserit, arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices egerint; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisitæ esse.*

NOTÆ.

21. ***Tuam permanere*) lege 7. §. 2. *ff. h. tit.*** Ratio est: quia manet eadem species, nec tua culpa aut negligentia, sed violentia fluminis avulsa est.

Radices egerint) Quod est argumentum coalitionis. Cæterum etsi nulla arbor in parte detracta fuerit; tamen postquam ea coaluit, & unitatem cum terra nostra fecit, nostra esse incipit, *l. 9. §. 2. ff. de damn. inf.*

COMMENTARIUS.

1. *In calce hujus §. pro* videntur acquisitæ, *&c. omnino legendum esse numero singulari*, videtur acquisita, *&c.*
2. *An postquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino supersit actio ad pretium consequendum?*

PRoponitur hic altera accessionis species, quæ a flumine est, & earum rerum, quæ non latenter, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ sunt. Hæc a superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra a vicino agro vi fluminis avulsa sit, & nostro prædio adjecta; ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur quæ latenter flumen adjicit per alluvionem, sed quamdiu nondum coaluit, & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus, cujus ante fuit: quia manet eadem species seu idem individuum, ut loquuntur, aut ut clarius loquar & nostro more, quia cum nondum coaluit, partem prædii mei non facit, ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit, & tamquam trabali clavo agro meo affixa est; jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis acquiritur. Hujus igitur acquisitionis flumen ex parte tantum causa est, & remotior: proxima & potissima coalitio.

(1) *Videntur vicini fundo acquisitæ*) Locus mendosus est, & restituendus ex Pand. Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita l. 2. 7. §. hoc tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cum si numero plurativo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa dumtaxat, & prædio alieno adjecta; cumque hac avulsione Justinianus & Cajus initio negent, partem illam statim amitti aut acquiri; quis non videt, quod mox subjiciunt de acquisitione, ubi pars detracta cum prædio, cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ forte simul avulsæ & translatæ fuerint, (quamquam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? An dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An vero coalitionem hanc non mutare causam dominii? Quorum alterum manifeste falsum est; alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de damn. inf. quæ*. Mirum est, Cujacium, Hotomannum, Pacium, aliosque, qui hunc locum πληθυντικῶς, ut vulgo legitur, legendum etiam contendunt, non considerasse. Igitur, ut rem in pauca conferam, portio fundi, ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit, ut coaluerit cum eo, & quod argumentum est coalitionis evidentissimum, arbores, quas forte secum traxit, in fundum nostrum radices egerint; ex eo tempore nobis quæsita intelligitur. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio supersit priori domino saltem pretii consequendi gratia, cum iniquum videatur, quemquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa ejus contigerit: ut in proposito, in quo quæritur de parte agri non negligentia possessoris amissa, sed abrepta violentia fluminis, hoc est, vi majore, ne quis possessori objicere possit, quod ripam suam tueri debuit. In contrarium tamen dici potest, partem arreptam, non statim ut abrepta est, & in fundum meum licet munere quodam fortunæ appulsa, meam fieri: sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit, ut jam cum terra mea unita sit; ac proinde utut prior possessor causetur violentiam amnis, objici tamen ei posse, quod partem avulsam, cum posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hærere fundo alieno, ut tandem cum eo coaluerit, & unum facta sit, ut ipse quodammodo eam alienasse videatur, sicut de eo responsum est, qui rem suam patitur usucapi, ***l. alienationis 28. de verb. sign.*** ita ferme & D. Tulden. *hic cap. 26.* Plane qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet, vel utili actione in rem, *l. 5. §. 3. de rei vind. l. quæ ratione 9. §. 2. h. tit.* vel quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Jo. Fabro, Glossa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum sibi constat.

TEXTUS.

De Insula.

22. *Insula, quæ in mari nata est (quod raro accidit) occupantis fit: nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata, (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infra unitum, agrum alicujus in formam Insulæ redegerit; ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

NOTÆ.

22. *Occupantis fit*) *d. l. 7. §. 3. h. tit.* juxta regulam *Quod ante nullius est, &c.*

Siquidem mediam partem, &c.) Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrinque finitima prædia possident pro cujusque prædii fronte ac modo, *d. l. 7. §. 3.* dum ne agri sint limitati, *l. 1. §. 6. de flum.*

Alteri parti proximior) Si insula eis aut ultra medium amnem enata sit, siquidem contra frontem unius prædii, cui prior est, tota acquiritur hujus fundi domino; si ita ut fronti plurium agrorum sit opposita

communis sit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *d. l. 7. §. 3. l. 29. l. 30. §. 56. eodem*.

In formam insulæ) Ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥυέντος. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, *d. l. 7. §. 4. l. 30. §. 3. eod.* Sed & insula, quæ alveo non cohæret, huc non pertinet. *l. 65. §. 2. eod.* ubi in §. *ult.* pro *si id*, lege *non si id*, ut præcedentia evincunt. V. Accurs. *ibid.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur non accidat, ut in mari insula nascatur?*
2. *Cur frequenter in flumine?*
3. *Insulam in flumine natam non publicam esse, sed privatam vicinorum possessorum.*
4. *Nec tantum proprietate, sed etiam usu.*
5. *Pro qua parte cuique vicinorum acquiratur?*
6. *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

TErtium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est, insula in flumine nata vado cohærens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Cajum *l. 7. §. 3. eod.* unde hic locus sumptus est, sed per occasionem dumtaxat, nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium occupationem.

(1) *Quod raro accidit*) Partim, ut credibile est, propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem; unde fit, ut nec locus alvei marini facile siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit: nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur & complanatur, efficitque jugis ista reciprocatio, ut eamdem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repente emergente testatur Plinius, veluti paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus, alio loco reddente, interdum eodem motu recedente maris novas terras in continente nasci, cum idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere; *lib. 2. nat. hist. cap. 85. & 2. seqq.* Grot. *flor. spars. hic.* Fabrot. *ad Theop.*

(2) *Quod frequenter accidit*) Plinius *dictor. cap. 85.* scribit, fluminum invectu id fieri: nimirum quia flumina fere limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpe accidit, ut limus, quem secum trahunt, & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur, quibus paulatim auctis, locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius *lib. 2. cap. 5.* refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento defectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent, insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus, sicut est maris; neque ut mare fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo 30. §. 2. h. tit.* cum scribit insulam in flumine fieri tribus modis; uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit, altero, cum locum aliquem, qui alvei esset, siccum relinquit, & circumfluere cœpit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, eumque alluendo auxit. At hæc aliquando evenit quod Paulus notat, *l. pen. §. 2. eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrescente insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

Si quidem mediam partem) Tria fere sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure, seu qua juris ratione acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata aut a flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea dumtaxat, quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager, qui cum alvei non esset, ab amne circumfluo, Ποταμοῦ κύκλῳ περιῤῥυέντος in formam insulæ redactus est, *dict. leg. 7. §. 4. dict. leg. ergo 30. §. 2. hoc tit. & hoc §. in fin.* Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia, quam temere flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est, & ejusdem fere juris, cujus est ipsum flumen, *dict. leg. pen. §. 2. eod.* In Artesia non procul a fano Audomari lacus est, in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato, aut contis, quo libeat, impelluntur, attrahunturque, in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales & in Lydia, quas Calaminas vocabant, fuisse Plin. *lib. 1. cap. 95. nat. histor.* memorat. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, circumluvione partis, quæ alvei esset, facta, quæritur primum, cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Cajum, *dict. l. 7. §. 3. eod.* (3) eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in quo nata est, prædia possident; quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo 30. §. 2. eod.* & Ulp. *l. 1. insula 6. de flum.* satisque intelligitur ex iis, quæ disputantur a Paulo *l. inter 29.* & Proculo, *l. insula 56. hoc tit.* Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem, *l. pen. & ult. eod.* vulgo sic legitur: *Si id, quod in publico innatum aut inædificatum est, publicum est, insula quoque quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.* Sed cum hoc e diametro pugnet cum superioribus locis, adeoque cum iis quoque, quæ ipse Labeo de proprietate insulæ disserit in §. *præced. d. l. pen.* quid dubitamus cum Hotomanno *lib. 1. obs. 23.* asserere, locum istum depravatum esse, & legendum: *Non si id, quod in publico innatum, &c.* ut hic sit sensus: quamvis id, quod in publico nascitur aut ædificatur, publicum fiat; (de ædificio in publico posito id testatur Ulpian. *l. 2. §. si quis 17. ne quid in loc. publ.* nam ideo solarium ei imponitur) tamen insulam in flumine publico natam publicam non fieri, sed privatam; quod ipse Labeo jam aliquoties ante dixerat. Hotomannum temeritatis arguit Cujac. 14. *obs.* 11. Sed ego Accursium etiam invenio testantem, eodem ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus; atque ut hac auctoritate destituamur, non aliam lectionem admittit ratio juris, a qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent. 6. qu. 93.* quamquam uterque de usu tantum Labeonem intelligit: de quo mox. Sunt qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Tyberi, eo alvei loco, quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quin nec alluvioni, sed occupantis insula fit, *l. 1. §. si insula 6. de flum.* (4) Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex quæstio est; una,

una, utrum proprietate dumtaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiritur. Ad primam quod attinet, si omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantum, verum usu etiam dominis vicinorum prædiorum acquiri, ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse. nec si quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico ut in ripa fieri intelligi, *d. l. 1. §. si insula 6. de flum.* Et vero si usum Insularum publicum esse volumus, inutilis prorsus futura est eorum proprietas, *d. l. pen.* §. 1. neque quisquam est veterum, cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit, quod scripserit, in insula fluminis, quæ propria nostra est, nihil esse publici; id non videtur satis bona fide facere: ut alibi nonnunquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usuc. l. ped. de furt.* Pet. Fab. *ad l.* 155. *de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit, partes insulæ extremas, quæ vicem riparum circumcirca obtinet, usu publicas esse, ut juris est in continente: sed de insula respondit, non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacite fatetur, verum esse quod Labeo dixerat, cum crepidinem dumtaxat excipit, cujus usum ut riparum publicum esse dicit, videlicet ut naves eo adpellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere sicut in ora continentis, cuique liceat, quod Labeo non negaverat.

15 Alterum, quod hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis fit eorum, qui prope utramque ripam possident: sin cis, aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædii, cui propior est, tota acquiritur hujus prædii domino; sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc* §. & *d. l.* 7. §. 3. *eod.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus, cum proprie loquimur, *l. 5. de stip. serv. l. 5. §. ult. de verb. obl. qui sub tut.* sed regionibus divisis pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit, ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante cujusque eorum ripam esset, linea indirecta per insulam transducta apparebit, *l. inter eos 29. h. tit.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem, hic spectari placet, recte respondit Pompon. *d. l. ergo 30. pr. h. t.* si interiorem partem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, si jam tum, cum insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset. Enimvero, quod insulæ meæ postea accedit, id incrementi, etiam si faciem insulæ mutet, meum tamen est, quia rei meæ accedit; ut ecce, insula contra frontem agri mei enata est, cujus latitudo non excedit regionem prædii mei, postea alluvione paulatim aucta processit contra frontem superioris & inferioris vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est, & ita Proculus respondit, *l. insula 56. eod.* Similem rationem habent quæ Paulus disputat, *leg. penult.* §. *pen. eodem*, & idem Proculus *d. leg. insula 56.* §. 1. Hoc igitur constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum acquiri; restat ut videamus, qua juris ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet, alioquin eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos, quod utrumque falsum esse constat. Ergo non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, *l. 1. §. simile 7. de flum.* §. *seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur, insulam quoque quæ alvei pars est, publicam fieri oportere. Sed sciendum est, alveum non simpliciter publicum esse, sed quatenus a flumine tenetur, eoque per flumen populus utitur, nudatum flumine privatum fieri vicinorum: nihil autem interesse, ut Pomponius huic objectioni occurrens respondet, utrum de alvei solo mutato, an de eo, quod superfluum solo & terræ sit, quæratur, hoc est, utrum quæratur de toto alveo mutato a flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficeret, ea parte, qua insula extitit, alveum a flumine non teneri, *d. l. ergo* 30. §. 1. & 2. Neque vero flumen interfluens impedit, quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit, quominus alveus siccatus acquiratur his, qui secundum eam viam possident, *l. Attius 38. eod.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l. Attius* 38. *in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc flumine occupatur, partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat: tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est, in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. ins.* & Magius 4. *miscell.* 2. add. Cæpoli. *de serv. rust. præc. c.* 33. Apud nos, quamquam videri poterat, insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci quam in alluvione, teste D. Grot. 2. *manduc. cap.* 9. Nec mirum, cum & alvei exsiccati eadem fere quæ alluvionis ratio sit; quem tamen constat, Principi olim assignatum fuisse, ut pleraque alia ἀδέσποτα, idemque in Gallia quoque observari, ex Bern. Aut. refert Christ. *vol.* 4. *dec.* 86. *n.* 7. In agro tamen Putteno ex veteri consuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quod possessor penes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest; adita tamen occupatione; alioqui fiscus pervertere potest, D. Grot. *d. loc.* VINN. Rationem juris Romani rectissime explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum sit, ut est in §. 23. non poterant non inferre JCti, & partem alvei flumine nudatam, id est insulam vicinorum fieri. At si de jure naturali quæstio est, aliter videtur sentiendum. Partes

enim

enim ex vicinis agris avulsæ, ex quibus insula facta est, sunt nullius, non amplius vicinorum. Quum itaque accedant rei publicæ, id est flumini, insula quoque erat publica. Et ita pronunciari solet in Germania. Si flumen duo territoria separat: servatur definitio juris Romani. Conf. Schilt. 4. §. 19. *Exerc.* HEIN.

T E X T U S.

De Alveo.

23. *Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cœperit; prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam ejus prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque agri, qua prope ripam sit: novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus & ipsum flumen est, id est, publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam esse prædia possidet.*

N O T Æ.

23. *Quod si naturali alveo*) Ex *d.l.7.§.5.eod.* in agris limitatis nec hoc obtinet, *l. 1. §. 7. de flum.*

Rursus novus alveus) Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpe aliud suggerit: & hoc significat Caj. *d.l.* 7.§. cum ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando, quod ex circumstantiis judicandum. Vid. *d. l.* 30. §. 3. *leg.* 38. *h. titul. l.* 23. *quib. mod. u s. am.*

COMMENTARIUS.

1. *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem viciniorum prædiorum, & ideo siccatum prædiis cedere.*
2. *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*
3. *Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fiat?*
4. *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus?*

(1) QUarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii, quæ prope ripam sit, adjicitur alveus a flumine relictus: nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa propter vicinitatem & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi paulo ante, alveum fluminis extra usum publicum a veteribus existimatum fuisse partem prædiorum viciniorum, quasi olim iis detractum: argumento esse, quod placet, insulam manente adhuc alveo in flumine natam viciniorum esse: quod profecto non fieret, nisi alveus, cui insula cohæret, & ipse vicinorum prædiorum pars intelligerentur: nam prior est alvei ratio, quam Insulæ, quæ conditionem alvei ut pars ejus sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam Don. 4. *comm.* 28. & Bachov. hic afferunt locum Pomponii *l. ergo* 30. §. 1. *hoc tit.* Et sane quidem recte; sed non video comparationem illam similium, qua, quod illi fingunt, Pomponius utatur, conferens alveum cum ripa, aut solum alvei cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse: eorum scilicet, qui prope ripam habent proprium: usum autem ejus publicum intelligi; & ideo cum exsiccatus est alveus, proximorum fieri, hoc est, solum ripæ etiam usu proximorum tum esse incipere, quia jam populus eo non utatur, nempe solo ripæ, de quo sermo institutus erat. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam quam ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commode non potest; ita & usus alvei, licet solum ejus privatum intelligatur, & pars prædiorum, quæ ad ripam jacent, publicus est, quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus ut ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non utitur: ita & usus alvei, quem flumen abstulit, recedente flumine ad proprietatem, quæ penitus ablata non fuit, revertitur, quia jam alveo populus amplius non utitur. Hoc interest, quod proprietatis ripæ aliqua potest esse utilitas alveis, quamdiu a flumine tenetur, plane nulla: quæ causa est, quod alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, *l.7.§. quod si h.tit.l.1.§.simili 7. de flum. & hoc text.* Juvant jus de hac acquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur, inundationes, avulsiones agrorum &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & commoda fluminum, si quæ sint, juxta regulam naturalis æquitatis, *leg.10.de reg.jur.* (2) Cæterum quod in præcedentibus diximus, agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis; idem etiam obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, *l. 1. §. simili 7. de flum.* (3) Apud nos, ut jam intelleximus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur: ut pars alvei siccata interdum privatis, si videlicet a populo, aut jus populi habente, agrum id flumen excurrentem qua talem acceperit.

(4) *Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen*) Sicut alveus flumine destitutus privatus fit, ita novus, quem sibi flumen fecit, fit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. *l. 1.§.simili 7. de flum. & l. 7. §. 5.* Pertinet huc illud Pomponii in *d.l.ergo 30. §. 3. h. tit. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus *l.3. variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit, aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit, ut alios flumen dicet, alios pauperet. Lucanus.

Illos terra fugit dominos, his rura colonis
Accedunt donante Pado.

Rursus novus alveus) Nam ager ille, qui fuerat, desit esse, amissa propria forma: & cum prædiis, non personis hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, *d.l.7. quod si toto 5.eo.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cajus *d.l.* Et utique non semper obtinere debet. Sæpe enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. κατὰ ἀκριβείαν μὲν τὸν τόπον, κατὰ δὲ ἀναλογίαν λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει. De quo haud facile quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge, flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse (sive paulatim, sive non paulatim, nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæ-

quaesitae videatur; deinde hoc ita multo post tempore in veterem locum subito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse; aequissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, *d. l. 7. §. quod si [illegible] d. l. ergo* 30. §. 3. *h. tit. l. si ager* 23. *quib. mod. ususfr. am.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat, sed lente & minutatim recedentis alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim reliquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum praediorum possessoribus, *leg. Attius* 38. *h. tit. fac. l.* 1. *C. de alluv.* Atque ob hanc caussam arbitror Pomponium in *d. l. ergo* 30. §. 3. & *d. l. si ager* 23. consulto expressisse haec verba, *eodem impetu*. Bart. *tr. de alv.* Bald. *in rub. de rer. div. col. 9.* Peregr. 8. *de jur. fisc. num.* 59. D. Tuld. *hic h. c.* 25.

T E X T U S.

De Inundatione.

24. *Alia sane causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, ob id recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Inundatio quid proprie sit, & quae ejus vis?*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum?*

INundatio proprie est, cum flumen imbribus vel nivibus, vel qua alia ratione auctum in vicinos campos ita se effundit, ut nec ripas, nec alveum suum mutet, *l. 1. §. ripa 5. de flum.* Hoc cum fit, ait Justinianus post Caium, *l. 7. §. alia sane 6. h. t.* fundi proprietatem non amitti: (1) & ideo recedente aqua, fundum, qui occupatus fuerat, non adjici vicinis possessoribus, sed ejus manere, cujus ante inundationem fuerat. Et addit hanc rationem, quia inundatio fundi speciem non commutat, quasi dicat, non ut alveo facto propriam formam ager amittit, ita & inundatione: quippe alveum fieri diuturno lapsu fluminis & lenta excavatione agri, ut jam plana ejus facies amplius non appareat: inundatione autem uno subitaneo impetu praedia invadi, atque aqua cooperiri duntaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, aut formam amisisse dici possunt, *d. l. 1. §. aliter 9. de flum.* Atque utut maxime summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & utut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat non magis quam pars agri, quae a latu hauritur, cujus jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes praesertim temporales & anniversarias non pertinet, quod vulgo dici solet. *Occupatum sequitur conditionem occupantis. Gloss. l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. si agere 23. quib. mod. us. am.* quia non loquitur de simplici inundatione, cum flumen retento alveo extra ripas se effundit; sed cum deserto alveo toto impetu in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quaerens, hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non facto novo alveo flumen se receperit, ut *in fin. sup. §.* demonstratum est. Obiter addo, quamvis inundatio caussam dominii non mutet, possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. Labeo 17. l. qui universa 30. §. 1. de acq. poss.* itemque ea jura, quae in facto personae posita sunt, ut usum & usumfructum, *l. ususfructus 24. quib. mod. us. amit.* sed recedente aqua haec omnia nobis restitui, *d. l. 24. l. 1. §. si quis 9. de itin. act. priv.* (2) De inundationibus, quae crebrae apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui per decem continuos annos mersus fuerit, si non aliqua extent signa continuatae possessionis; quod in genere receptum apud nos non immerito est quod Romani rejiciunt, *d. l. 23. quib. mod. us. am.* ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censeatur. Sed solebant Principes tempus praefigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus, monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium; qui si omnes in mora essent, eorum jus omne ad Principem deferebatur, atque is, aut ipse agros siccabat, sibique patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte. D. Grot. 2. *manud. c.* 9. & 2. *de jur. bell.* 8. *num.* 10. *consult. JC. Bapt. p.* 2. *consil.* 26.

T E X T U S.

De Specificatione.

25. *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit; utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit; ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit; aut ex alieno auro, vel argento, vel aere, vas aliquod fecerit; vel ex alieno vino & melle mulsum miscuerit; vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit; vel ex aliena lana vestimentum fecerit; vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multa Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce, vas conflatum potest ad rudem materiam aeris, vel argenti, vel auri reduci, vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvas, vel olivas, vel spicas reverti non potest; ac ne mulsum quidem ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino & alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium: aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiae praestiterit:*

N O T Æ.

25. *Media sententia*) Caji *dict. l. 7. §. h. tit.* Callistrati, *l. 21. §. 1.* Pauli *l. 24. & 26. eod.* Ulpian. *l. 5. §. 1. ff. de rei vend.* sic & alias Auctores nostri medium sequuntur, *l. 3. si pars haer. l. 25. ff. de pign. act. §. ult. infr. de vul. subst.* imitatione Stoicorum, qui ob id Servio erciscundi μισλωΐδον τίμων ι. VINN. Vide hic omnino Merill. *Obs. l. 1. cap. 6.* ex quo posteriorem hanc observationem petit noster HEIN.

Ad priorem materiam reduci) Quia tum materia non interim, sed potenter manet, *l. 24. h. t. l. 78. §. 4. de l. 3.*

Si

Si non possit reduci) Quia hic materia consumitur atque extinguitur; & locum habet illud, *Dum incipit quod non erat, desinit esse quod fuerat*; *l. 9. §. 3. ff. ad exhib. leg. 26. §. 1. hoc tit.* Interim & domino materiæ consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, *l. 23. §. 5. de rei vind.*

Vinum vel oleum) Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desierunt, reduci possunt.

COMMENTARIUS.

1. *Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.*
2. *Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.*
3. *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint?*
4. *Mediæ sententiæ auctorum distinctionem optima ratione niti.*
5. *Vinum & oleum non ita se habere ad uvas & olivas, ut frumentum ad spicas.*
6. *Etiam in specie facta partim ex materia aliena, partim ex materia facientis, inspiciendum, utrum ea ad priorem materiam reduci possit, necne.*

EXponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii, speciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo non nomine specificato dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt: sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, cum ex aliena materia fiat: non ignorantibus nobis aut invitis; sed nostro ipsorum facto, qui rem alienam in aliam speciem transformavimus: adeoque inconcinnum est dicere, materiam accedere formæ, quoniam hæc illam, non illa hanc præsupponit. (1) Quapropter hic modus potius occupationis quædam species videri debet; cum id quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tamquam occupati, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *leg. 7. §. cum quis 7. in pr. hoc tit. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest, aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Concio 1. *disp. 12.* VINN. Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones, qui forma nova accederet ad materiam; vel contra materia ad formam; saltem quærebatur, forma an materia habenda sit pro principali? Proculus id affirmabat de forma, quæ, ut philosophi ajunt, dat esse rei: Sabinus materiæ plus deferebat, ex qua formam educi existimabat. Proculejani itaque Stoicos sequebantur, uti ex Sen. *Epist.* 88. acute probat Merill. *Obs. lib. 1. cap. 21.* HEIN.

(2) *Species aliqua facta sit*) Nimirum nova & diversa a priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta, non est nova species, *l. sed si 26. §. ult. hoc tit.* neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis materiarum confusione, *§. si duorum 27. inf. eod.* Duo autem hic a Justiniano omissa sunt, quæ, quo quæstio proposita melius intelligatur, addenda duximus; unum est, si, qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine; alterum, si eam fecerit bona fide. Primum diserte expressit Cajus *d. l. 7. § cum quis 7.* & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facto & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitio non cœperit a naturali possessione, *leg. 1. §. 1. de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur: si ejus non erit, qui materiæ dominus fuerat; ejus erit, cujus nomine facta est, *l. nam 25. leg. quicquid 27. §. 1. hoc tit.* De bona fide, quod idem hic omissum dixi, nihil quidem diserte Cajus: sed id ex eo non obscure colligitur, quod addit hæc verba *suo nomine*. Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet, ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *leg. de eo §. 3. ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. ex diverso 30. inf. eod. fac. l. 4. §. si in area 20. de usuc. l. 14. §. ult. eod. de cond. fur.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, a qua cur D. Wesemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

Mulsum) Οἰνόμελι, sive μελίκρατον, fit ex vino vetere, addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitavit annum centesimum excessisse. Nam cum a D. Augusto hospite interrogaretur, quanam maxime ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur. *Intus mulso, foris oleo.* Plin. *l. 22. nat. hist. c. 24.*

Emplastrum) Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur, ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo. Vid. Corn. Celsum *l. 5. c. 17.* vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium) Genus medicamenti, potissimum oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸν ῥοῦν, quod fluxum impediat, & sistat. *Apocalyp. c. 3. v. 18.* Κολλούριον ἔγχρισον τοὺς ὀφθαλμούς σου, ἵνα βλέπῃς. *Collyria illine oculis.* Hor. *1. serm. sat. 5.*

> *Hinc oculis nigra meis collyria lippus*
> *Illinere.*

(3) *Sabinianorum & Proculianorum*) Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ, auctores Attejus Capito & Antistius Labeo, qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis, quæ a majoribus acceperat, perseverando; hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tamquam oraculo religiose adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva. Nervæ Proculus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculejani, *l. 2. §. post hunc 47. de orig. jur.* VINN. Adde, Proculi successor Pegasus, vir consularis, unde *Pegasiani*. Opponuntur itaque *Proculejani*, & *Sabiniani*, *Pegasiani*, & *Cassiani*. Conf. Gothof. *Man. jur. c. 6. p. 27.* qui tamen Sabinianos non a Massurio Sabino, sed a Cælio Sabino, qui sub Vespasianis vixit, nomen accepisse statuit, adeoque sibi invicem opponit *Cassianos*, & *Proculajanos*; *Sabinianos* & *Pegasianos*. HEIN.

Ambiguitatem) Quædam, ut recte hic notat Baro, leviter tracta sunt a natura; quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Proculus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiæ, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi, sed causæ efficientis duntaxat & potissimum formæ, cujus susceptione materia in aliam speciem transisset: quæ species cum antea nullius esset, ac ne esset quidem, rationem natu-

naturalem existere, ut concedenda sit ei, qui ut ea in rerum natura sit, fecit, eamque occupavit, *d. l. §. cum quis 7. h. t. leg. 3. §. genera 21. de acquir. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiæ dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex materia factum esset, dominus fieret quippe sine materia speciem nullam effici posse; nullum autem esse id, quod ex re nostra factum est: postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri, quam ut in quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferatur *dict. leg. 7. §. cum quis 7.* junct. *l. 12. §. 3. ad exhib. l. 11. quod nostrum 11. de reg. jur.*

Media sententia Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset; si non posset, Proculi, *d. l. 7. §. cum quis 7.* (4) Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ Auctores afferunt: nempe cum manente materia forma rei externa tantum mutatur, idque quod factum est, in sua initia sive ad rudem materiam reduci potest; rationem naturalem non pati, ut cum Proculo dicamus rem eam nunc primum existere, ac propterea fieri occupantis; sed necesse esse, ut sequatur vires & conditionem materiæ, quæ potenter manet, *l. in omnibus 24. h. t. l. quæsitum 78. §. illud fortasse 4. de leg. 3.* At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ, quæ esse desiit, aut prioris domini, cujus in hac specie nihil est, *l. quidquid 7. §. 1. h. t.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ dumtaxat speciei, ejusque cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l. 3. §. genera 21. de acq. poss.* Scio equidem, D. Connanum *lib. 3. comm. 6.* auctores hujus sententiæ reprehendere: atque hoc solum hic spectari velle: plusne pretii sit in opere, an in materia, Dominum quoque Grotium censeri, speciem communicandam, sicut confusis materiis communio inducitur pro rata ejus, quod quisque habuit, *lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 19.* Ego tamen a veterum illa distinctione non recedo, magisque naturale esse arbitror, ut in quæstione proposita inspiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta sit, necne: quam ut vel ex pretio rei operisve de jure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teste eodem Grotio *l. 2. mand. c. 8.* VINN. At non usque utimur. Quin quum materia plerumque sit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis: vix potest ratio excogitari, cur dominus materiæ dominii quæstionem movere velit specificanti, & non potius agere ad id, quod interest, nisi ponas materiam esse admodum raram. Vid. Tomas. *de pret. affect. in reb. fungib. non cadente, cap. 3. §. 41. & seq.* HEIN.

Frumentum ad spicas reverti non potest Inter exempla specierum, quæ ad id quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Caius refert *d. leg. 7. §. cum quis 7.* sed ille, quod hic omissum est, mox subjicit, se eorum sententiam probare, qui frumentum alienis spicis excussum, ejus esse non dubitabant, cujus spicæ essent: propterea quod cum grana, quæ spicis continentur, perfectam habeant suam speciem, qui excussit spicas, non novam speciem faciat, sed eam quæ est, detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est, de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis; aliisque id genus frugibus, quæ siliqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis, & oleo ex olivis alienis expresso statuit D. Bachovius, quod non probo. Non enim ut frumentum se habet ad spicas, ita se habet vinum & oleum ad uvas vel olivas. (5) Spicæ non sunt materia, ex qua fit frumentum, sed frumentum excussum idem manet, quod ante fuit: unde sicut eamdem speciem, ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis: atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremptis transeunt. Theod. 1. *Dial.* 4. Καὶ τὸν ἀμπέλου καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν, οὐ σταφυλὴν, ἀλλὰ οἶνον προσαγορεύομεν. Utique dum hæc incipiunt esse, quod non erant, desinunt esse quod fuerant: & poterant quoque in alium usum converti; uvæ siccari; olivæ servari ad condituram, &c. Et alioquin dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec siceram ex pomis alienis expressam facientis fieri. Quod si in his omnibus Sabini sententiam probandam existimat Bachovius, cur mediæ sententiæ Auctores solum excipiunt frumentum? Paulum temere adducit in *l. eo 12. §. 3. ad exhib.* quippe qui eo loco diserte respondet de eo, qui speciem fecit, cum sciret materiam alienam esse; aliud nimirum responsurus, si quis idem bona fide fecisset, ut facit in *l. sed si meis 26. h. t.* Ea igitur ratio, quam in d. responso subjicit, ad hypothesim revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat *in l. Minucius 61. de rei vind.* Etenim cum mediæ sententiæ Auctores generaliter definiant speciem, quæ ad id corpus, quod prius fuerat, reduci non potest, facientis fieri, navemque ex alienis tabulis factam nominatim inter hujusmodi species, uti revera est, numerent, quid cunctamur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. sed si meis 26. h. t.* Putat etiam D. Connan. *3. comm. 6.* partem alteram responsi Minuciani reprehendi a Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis, *nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*, id est, *eum*, ait Connanus, *qui navem carinando formavit.* Nam carinam non semper infimum navis alveum significare; sed interdum poni pro ipso navis corpore, quod totum carinatum est: hoc est, pro totius navis forma, ut in *l. 24. §. ult. d. l. 1. arg. l. proponebatur 76. de judic.*

Dubitandum non est hoc casu, &c. A comparatione majorum; in scholis dicerent, a minori probabilitate ad probabilitatem majorem, quasi dicat: si species, quam fecimus ex materia, quæ tota aliena est, nostra fit: multo magis nostra fieri debet, si facta sit pro parte etiam ex materia nostra. (6) Licet tamen & hic adhibenda superior cautio, si ea res ad priorem materiam reverti non potest. quippe generalis definitio est, ea quæ in sua initia redigi possunt, vires materiæ numquam effugere, *l. in omnibus 24. h. t. l. quæsitum 78. §. 4. de leg. 3.* Atque hanc quoque esse mentem Justiniani, exempla proposita declarant. Cujus igitur erit hujusmodi species, si reduci possit? Nimirum suum quisque retinebit, & pro parte sua materiam vindicare poterit, *arg. l. 5. §. 1. de rei vind. l. 12. §. 1. l. quicquid 27. §. ult. h. t.* quæ & communis interpretum sententia est, a qua sine causa recedere mihi videntur Bachov. Borcholt. & D. Tuldén. *hic* 41. Hoc autem jure constituto, nec ait dominus materiæ, nec is qui materiam mutavit, queri possint; ille, ubi materia extincta est, eam alieno sibi facto periisse: hic, ubi ea mansit, se perdere ope-

operam bona fide impenſam: uterque, contra naturam eſſe, ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento; utrique conſultum eſt illi actione in factum, qua conſequatur æſtimationem materiæ ſuæ; huic exceptione doli mali, qua oppoſita ei, qui ſpeciem ſuam vindicabit, ſervet impenſas a ſe factas, *arg. leg. in rem 43. §. §. ſi id quod 4. & ſeqq. de rei vind.*

T E X T U S.

De acceſſione.

26. Si tamen alienam purpuram veſtimento ſuo intexuerit, licet pretioſior ſit purpura, tamen acceſſionis vice cedit veſtimento; & qui dominus fuit purpuræ, adverſus eum, qui ſurripuit, habet furti actionem & condictionem; ſive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius. Nam extinctæ res licet vindicari non poſſint, condici tamen a furibus & quibuſque aliis poſſeſſoribus poſſunt.

N O T Æ.

26. Si alienam purpuram) Similis locus eſt apud Paul. *l.* 26. §. 1. *hoc tit.* Ulpian. *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Acceſſionis quæ facto hominis contingit, quot ſint genera, & quo propoſita pertineat?*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid, cui, & quando acceſſionis vice cedat?*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquiſitionis a ſpecificatione?*
4. *Quomodo domino purpuræ & generaliter partis, quæ ceſſit, conſulatur?*
16. *Vulgata hujus §. lectio defenſa adverſus D. Anton. Contium.*

LOcum hunc video a pleriſque in tranſitu duntaxat tractatum eſſe, dignus tamen eſt, qui propius conſideretur & otioſe. Et quia ad acceſſiones pertinet, repetenda animo eſt memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus noſtris accedere beneficio fluminum velut a natura, quædam facto & opera humana. De iis, quæ a fluminibus accedunt, copioſe jam tum diſputavimus. (1) Acceſſionis quæ ab hominibus eſt, docendi gratia, quo res tota perfectius cognoſcatur, duo genera nunc facimus; confuſionem & conjunctionem. Confuſio eſt, cum duæ materiæ liquidæ inter ſe & in unum corpus permiſcentur, veluti cum vinum cum vino miſcetur, argentum cum argento conflatur, de quo §. *ſeq.* Conjunctio eſt, cum res ita junguntur, ut cohæreant, diſcreta manente earum ſubſtantia: ſive ita res alienæ rebus noſtris junctæ cohæreant, ut iis quaſi baſibus innitantur, veluti quæ in ſolo noſtro ædificantur, plantantur, ſeruntur, in chartis noſtris aut tabulis ſcribuntur aut pinguntur, de quibus omnibus item poſtea: ſive ita, ut ſint tamquam additamenta aut ornamenta rei noſtræ; ut ſi pes aut manus jungatur ſtatuæ, anſa ſcypho, gemma includatur auro, emblemata phialis jungantur, *leg. in rem 23. §. 2. & 5. de rei vind. l. ſed ſi 26. §. 1. h. tit. l. 7. §. 2. ad exhib. leg. cum aurum 19. §. perveniamus 13. de aur. arg. l.* eodemque etiam pertinet, quod hic traditur de purpura veſtimento intexta, *d. l. 7. §. 2. ad exhib.*

Si tamen) Quo conjunctio iſta ſegregativa reſpiciat non video, niſi eo referas, quod cum in calce præcedentis §. dixiſſe, veſtimentum quod quis partim ex ſua, partim ex aliena materia fecit, facientis eſſe, hoc loco aliquid addere Juſtinianus voluerit veſtimento, quod quis fecit ex ſua quidem materia, eaque ſua, ſed cui ornando alieni aliquid adjunctum, attextum, aut intertextum eſt: licet id ad ſuperiores rationes non pertineat. Neque enim purpura (quo exemplo hic Imp. utitur) veſtimento intexta pars, ex qua veſtimentum factum proponitur: ſed aliquid, quod veſtimento jam facto aut præparato ornatus cauſa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus, aut clavum purpuræ, aut prætextam, id eſt, ſegmentum, fimbriam, laciniam, limbum.

Licet pretioſior ſit) Cum enim quærimus, quid cedat, non pretium ſpectamus, ſed quid cujus rei ornandæ cauſa adhibeatur, ut acceſſio cedat principali, *l. cum aurum 19. §. perveniamus 13. de aur. arg. leg.* In univerſum autem ſic de hac quæſtione habeto. (2) Quando duæ res, quarum unaquæque per ſe ſubſiſtere poteſt, ita junctæ ſunt, ut cohæreant, & unum corpus efficiant propriæ ſpeciei ejuſdemque nominis; ſemper pars inferior cedit præſtantiori, ut is naturali ratione totius illius corporis dominus eſſe intelligatur, cujus & præſtantior pars eſt. Si diverſa rerum junctarum magnitudo eſt; ex magnitudine unius partis præſtantia æſtimatur: ut ſi ſtatuæ pes aut manus, ſcypho fundus aut anſa, lecto fulcrum jungantur, *l. ſed ſi 26. §. 1. h. t. l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind.* adeoque etſi pars minor pretioſior ſit, ei tamen cedit, cujus major eſt ſpecies, ut gemmæ & margaritæ incluſæ auro, *d. l. 19. §. 13. de aur. arg. leg.* purpura veſtimento intexta; ut hic *d. leg. 7. §. 2. ad exhib.* Si eadem magnitudo eſt; ex pretio: ſi pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, ſed ſuam cujuſque rem manere, *l. quicquid 27. §. 2. hoc tit.*

Acceſſionis vice) Ut pars minor & inferior majori & præſtantiori, ſicut jam dictum eſt. Etenim jure ſpeciei totum hoc corpus ſuum eſſe dicere non poteſt dominus majoris partis ſive veſtimenti, cum is neutram partem nunc primum fecerit, ſed factas univerit duntaxat. (3) Ex quo apparet, errare D. Goed. *in l. 14. de verb. ſignif.* qui putat, hæc etiam jure ſpecificationis acquiri: & ſi, quod Goeddeo placet, nova hic ſpecies facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctæ ſeparari, & ad id, quod prius fuerant, reverti poſſunt.

Adverſus eum, qui ſurripuit) In hoc quoque ab acquiſitione ſpeciei factæ differt hæc acquiſitio, quod ſpecies facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam ſuo nomine & bona fide fecit: jure acceſſionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno aut mala fide junxit. Nulla enim hac acquiſitione ratio habetur perſonæ facientis aut jungentis, ſed rerum junctarum duntaxat; quod notandum eſt contra VVeſembecium & Bachov. qui utriuſque acquiſitionis eamdem eſſe rationem arbitrantur.

Sive ipſe ſit, qui veſtimentum fecit, ſive alius) Geminus a Juſtiniano caſus proponitur; unus eſt, quo is, qui purpuram ſurripuit, ipſe veſtimentum fecit; alter, quo alius fecit, ad quem purpura ſurrepta poſtea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adverſus eum, qui ſurripuit, habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem procul dubio intelligit furtivam, ut recte

Glossa notat: nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis 16. de furt.* §. [illegible] *inst. de obl. quæ ex del.* hoc non eo pertinet, ut is, cui semel quæsita est, eam re perempta sine facto suo amittat; sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, condictio tamen non competit, *d. l. 14. §. 16.* (4) Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter parti quæ cessit, consulatur, sic me um distinguito. Aut alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit, aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separetur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 1. ad exhibend. in rem 23. §. 5. de rei vind.* Videndum tamen, an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens: maxime si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesenbecio arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas a quibusvis possessoribus condici posse, & §. *nunc admonendi 2. inf. quib. alien.* & nimirum condictione sine causa, nam etsi jure gentium propter accessionem dominus purpuræ factus sit, nulla tamen causa est, cur pretium lucretur, & cum aliena jactura locupletior fiat. Si mala fide intexuit, datur adversus eum actio furti & condictio furtiva, [illegible] datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tamquam adversus eum, qui dolo malo possidere desiit, *arg. l. 1. in [illegible] in fin. l. 2. de tign. junct. l. sin autem 27. §. 3. [illegible] petitionis 36. in pr. de rei vind. l. qui dolo [illegible] de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, si quidem in bona fide, & potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus eis satisfiat, & omissa possessione ad exhibendum agere, ut purpura separetur & vindicetur, *d. leg. 23. §. 4. & seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum, [illegible] dici possit, voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg. §. ex diverso 30. inf. h. tit.* Quæ de purpura diximus, eadem fere & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *leg. 6. l. 7. §. 2. ad exhib.* exceptis quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt. ideoque eo casu in factum actio domino partis quæ accessit, necessaria, *d. l. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* VINN. Scilicet distinguit Paulus in *d. l. 23.* inter adferruminationem & adplumbaturam. Sed hanc distinctionem admisisse haud videtur Ulp. *l. 7. §. 3. ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *leg. 27. pr. ff. de a. q. rer. dom.* nec in adplumbatura, nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diversa principia sequuti videntur veteres, pro sua quisque secta, cui hærebant. Quodnam momentum hujus quæstionis sit in praxi diximus jam ad §. antecedentem, verb. *media sententia.* HEIN.

Nam extincta res [illegible] Licet purpura attexta vestimento in rerum natura maneat, pro extincta tamen, quia vestimento cessit, habetur: sicut gemma inclusa auro, aliaque, quæ res [illegible] ad se per prævalentiam trahunt, salva [illegible], *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.* [illegible] Theophilus, Διὰ, inquit, [illegible]

Licet tamen [illegible] possint Directo, amissa videlicet earum proprietate, [illegible] quamdiu cohærent: nam quod de gemma inclusa auro alieno responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusa vindicetur, *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similibus rebus nostris juncta accessionis loco cedunt, *d. l. 23. §. de rei vind.* Tentari etiam potest, quod modo diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tamquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus. A furibus etiam condictione furtiva; ab aliis condictione sine causa aut generali illa triticiaria, *l. 1. de cond. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est, pretium mihi restitui ejus rei, quæ hoc jure alium sine facto meo pervenit, & est arg. in *l. 11. §. ult. leg. si & me Titium 32. de reb. cred.* (5) Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*; ut sit sensus non tantum furibus res consumptas condici posse, sed aliis etiam possessoribus, qui furibus sunt similes, nimirum iis etiam, qui rem mala fide possidebant, cum eam consumerent. At hi revera etiam fures sunt, *§. furtivæ 2. inf. de usuc.* Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contium sequatur Pacius in analysi sua putans, condictionem contra eos, qui bona fide rem consumpserant, non dari. Obiter & Theophili error notatus, qui scribit, condictionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est ἄδοξον, & miror a Fabrot non animadversum.

TEXTUS.

De Confusione.

27. *Si duorum materiæ voluntate dominorum confusæ sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversæ materiæ sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsum, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint, vel ejusdem generis materiæ vel diversæ, idem juris esse placuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter confundere, & miscere, quæ sit differentia, cum signate loquimur?*
2. *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat?*
3. *Confusionem factam voluntate dominorum, proprie huc non pertinere.*
4. *In confusione fortuita materias confusas communicari sive ejusdem generis sint, sive diversa, extra quam si deduci possint, & num. 6.*
5. *Quid juris, si unus e dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis?*

DUobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione, & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. præc. De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primo videndum: deinde quam vim ad acquirendum, & unde habeat. Verba hæc confundere & miscere aut commiscere vi sua generalia sunt, deque omnibus *in majoribus* dicun-

dicuntur, quæ quovis modo permiscentur; ut videre est etiam apud nostros, *l. 7. §. voluntas 8. h. t. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind.* (1) Cæterum cum signate & distincte loqui volumus, confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur; commixtionem, μῖξιν ξηρῶν, cum sicca & solida, quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur, quæ ita permiscentur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cum vinum cum vino miscetur: aurum cum auro conflatur. Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram; unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum neque quarumvis rerum confusio communionem parit, neque facta quovis modo. Summam tibi ecce. Omnis confusio fiat aut voluntate dominorum, aut citra eam: & citra eam aut casu, (quæ tamen & ipsa non sine facto hominum contingit, eorum scilicet qui res in propinquo posuerunt) aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus, puta Titii. Res, quæ confunduntur, aut unius generis, aut diversorum. Item aut tales sunt, quæ confusæ separari non possunt, aut quæ possunt separari. Nunc sic habe. Voluntate dominorum facta confusio sine ulla rerum distinctione communionem facit. Casu facta non aliter, quam si res deduci non possint. Facta unius voluntate tantum, aut Titio, si materiæ unius generis confusæ sint; quoniam nec diduci possunt, nec novam speciem constituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, & singula consideremus accuratius.

Voluntate dominorum) Hæc species proprie huc non pertinet. (2) Neque enim communionem hic inducit rerum confusio, sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacite communicantium, argumento est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, *§. seq.*

Utriusque commune est) Pro rata scilicet ejus materiæ, cujusque ante confusionem fuit, *l. 3. §. ult. de rei vind.* Res autem communis proprie dicitur, quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum, (neque enim duorum in solidum res una esse potest, *l. 5. §. ultim. commod.*) sed singulorum pro partibus, iisque indivisis, *leg. 5. de stip. serv. l. 5. §. ultim. de reb. cor. qui sub. tut.* Itaque quæ partes ante confusionem singulorum erant separatim, post confusionem singulorum esse incipiunt conjunctim, ut jam intellectu magis, quam corpore partes habeant, *dict. l. 5. de stip. serv.* nec possit amplius unius, quod suum fuit, ante confusionem separatim vindicare, sed partem dumtaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam: sive, quod eodem recidit, agere communi dividundo, ut res dividatur, & pars rei divisæ dimidia aut tertia pro rata ponderis, quod contulit, restituatur: in quo & pretii rationem judex habebit, si unius pars pretiosior fuit, *dict. leg. 3. §. ult. l. 4. l. 5. de rei vind.* Et si forte res dividi commode non possit, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, *§. eodem 5. infr. de offic. judic.*

Sed etsi diversæ materiæ sint, &c.) Nihil refert, ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. (3) Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materiarum existit, veluti ex vino & melle confuso mulsum, ex massis auri & argenti conflatis electrum; eorum communis sit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice mutua quod inde existit communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil intersit, materiæ separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri volumus.

Electrum) Plinio est aurum, cujus quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odiss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum a splendore primum auri, deinde electri: *v. 73.*

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε· καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

Vid. *Plin. lib. 33. nat. hist. cap. 4. Strabon. lib. 3.*

Quod si fortuito) Hæc confusionis species propria est hujus loci. (4) Ait, in fortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materiæ dominorum voluntate confusæ essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materiæ confusæ sunt; nec referre, ejusdem generis materiæ sint, an diversæ, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Cajus *d. l. 7. §. sed etsi 9. h. t.* Observandum autem est, & hic, & apud Cajum exempla proponi earum dumtaxat rerum, quæ confusæ deduci & separari non possunt, quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturæ superior: nam confusio hæc eo rem deducit, ut unaquæque materia alteram in sese per omnia confusam & indiscretam habeat; unde evenit, ut vel minima pars unius partem alterius sibi habeat adjunctam, quam & necessario ad se trahat: atque hinc communio. Quod si materiæ, quæ forte confusæ, separari possint, veluti si plumbum cum argento mixtum sit; nulla necessitas intervenit, ob quam fiat, ut una res alteram mutuo ad se trahat, sed cum ab artificibus separari possint, separabuntur: estque in eam rem non ut superiore casu, actio communi dividundo, sed ad exhibendum & in rem, *leg. 5. §. 1. de rei vind. & reg. leg. lacus 12. §. 1. hoc. tit.* (5) Sed quid non casu, nec tamen voluntate dominorum confusio facta sit, puta a Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ species hic omissa. Et siquidem, verbi causa, Titius vinum Mævii cum suo confuderit, aut cum vino Sempronii, aliasve ejusdem generis materias miscuerit: adhuc probandum est, corpus, quod ex ea confusione fit, Titii & Mævii, aut Mævii & Sempronii commune esse; quia pristinam speciem continet, & res alium exitum naturaliter reperire non potest. Quod si diversi generis sint, quia hic novi corporis species existit; ea tota Titii erit jure specificationis, si ad initia sua reduci non potest: si potest suum cujusque manebit, *d. l. 5. §. 1. de rei vind. d. l. lacus 12. §. 1. h. t.* vid. *sup. §. cum ex aliena 25. eod.*

Idem juris esse placuit) Paraphrastes vertit negative; οὐ τὸ αὐτὸ γίνεται. (6) Et sane non est idem juris per omnia; nam si materiæ casu confusæ separari possunt, nulla earum communio est, sicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum *dict. leg. 7. §. sed & si 9.* unde hæc descripta sunt, nimirum affirmative, & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum: si tales materiæ fortuito confusæ sunt,

quæ dividi non possint; cujus etiam generis exempla, nec alia a Justiniano & Cajo proposita sunt. Sed & Harmenopulus *lib. 2. tit. 1.* τοιούτων δὲ ἀλλήλοις ... affirmative legit, ... VINN. Sed tamen, si facta confusione, species emerserit nullius usus v. gr. si vinum & cervisia confusa sint, vix dubitandum, quin in foro confundens solus damnum sentire, alterique non partem novi istius liquoris, sed pretium rei suæ reddere teneatur. HEIN.

TEXTUS.

De Commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quæ cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur: in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse æstimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

NOTÆ.

27. *Non magis istis casibus*) A simili, ubi tamen illud dissimile, quod pecora mixta facilius discerni possunt, quam grana, & ob id etiam singula vindicari, *l. 23. §. 5. vers. at in his, ff. de rei vind.*

Quale cujusque frumentum) Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio: quam si frumentum vere commune esset, *l. 2. §. ult. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem proprie dictam ad disputationem propositam non pertinere.*
2. *Responsum Javoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

Nihil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione. (1) Commixtio proprie est cum corpora quæ miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent, velut si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus inter se misceantur. Hujus, inquam, commixtionis numquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat, ut aliquid fit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturæ necessitate trahat.

Consensu vestro communicata) Quando duorum res voluntate dominorum commiscentur, communicantur illæ quidem sic, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur: cæterum hoc non efficit commixtio aut accessio, sed tacita voluntas dominorum mutua traditione partes suas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. voluntas 8. & d. l. 5. de rei vind. l. 4. pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant) Hoc est, natura & essentia sua separata & discreta manent; ut proinde dici non possit, esse quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum aut pro parte: aut quicquam esse tuum, quod debeat ad se trahere, quod Titii est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti casu aut sine voluntate unius vestrum commixti. (2) Objici huic loco solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni 78. de solut.* An dicemus idem esse in frumentum, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti mixti & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint, frumentum non antequam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. *constituitur 2. instr. de usufr.* Notum vero esse, consumptione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *l. 13. l. non omnis 19. §. 1. in fin. d. reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola, add. D. Cujac. 13. *obs.* 28.

(3) *Quam grex intelligitur esse communis*) Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mixta sua cujusque manere, neque in acervo facto quicquam esse commune; quippe eadem rationem esse singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecroum in grege; utrumque esse corpus. non ἡνωμένον, aut συνημμένον, sed διεστώς, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis quam illic dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura 30. de usuc.* junct. *l. in rem. 23. §. 5. vers. at in his de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile discerni possunt, & ob id singula vindicari, *dict. vers. at in his*, grana autem commixta non item. Qua ratione putarem, ne voluntaria quidem pecorum mixtione gregem communem fieri, nisi id expresse actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti) Ubi res communis non est, cessat communi dividundo judicium, *l. 1. com. div.* sicut in proposito. Cæterum nec grana ipsa, quæ cujusque ante commixtionem fuerunt, vindicari poterunt, quia discerni & designari nequeunt: nec pars acervi; quod non licet nisi in acervo communi, sed quantum in acervo cujusque fuit, atque etiam non est, *l. 5. pr. de rei vind.* Nec refragatur actionis in rem natura, quæ exigit, ut res, quæ petitur, designetur, *leg. 6. d. tit.* Satis enim designari videntur grana petita hoc ipso, quod designantur certo loco ante acervo contenta & circumscripta: Tantum laborabitur in exitu judicii & restitutionis.

Quale cujusque frumentum) Igitur si unius frumentum fuerit pretiosius, officio judicis continebitur, ut ejus quoque ratio habeatur, & hoc amplius ferat is, cujus frumentum pretiosus fuit, vel ex acervo, vel certæ pecuniæ adjudicatione: ut sic omni ex parte utrique satisfiat, *arg. leg. 4. de rei vind. §. eod. inf. de off. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est,

est, & restitutio, quam si acervus vere communis esset, *l.* 3. §. *ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

T E X T U S.

De his quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit, ipse intelligitur dominus ædificii: quia omne quod solo inædificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiæ dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exibendum de ea agere propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstare per actionem, quæ vocatur* De tigno juncto. *Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua ædificia fiunt. Quod ideo provisum est, ne ædificia rescindi necesse sit. Quod si aliqua ex causa dirutum sit ædificium, poterit materiæ dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

N O T Æ.

29. *Nec tamen, &c. desinit dominus esse*) Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificii, alius dominus materiæ, ex qua constat, *l.* 7. §. 2. *ff. de re jud.* fac. *l.* 13. §. *ult. ff. de rei vind. l.* 13. *de usuc.*

Neque ad exhibendum) *d. l.* 23. §. *pen. l.* 6. *ff. de exhib. l.* 1. *de tign. junct.* nisi adversus malæ fidei ædificatorem, *d. l.* 23. §. *pen.* tamquam qui dolo malo fecerit quominus possideat, *l.* 1. & *l.* 2. §. *tign. junct.*

Eximere cogatur) Ne sc. ædificia rescindi necesse sit, ut mox sequitur. Potest igitur duplici modo præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere: neque enim id facere prohibetur, dum ne ruina ædium deformetur publicus urbis aspectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alienis vineis junctis, ne sc. turbetur cultura vinearum, *d. l.* 1. *de tign. junct.*

Si non fuerit duplum consecutus) In casu malæ fidei etsi consecutus fuerit. Nam qui sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio, *l.* 2. *de tign. junct.* Pœnalis enim eo casu hæc actio est.

COMMENTARIUS.

1. *Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse, & singulorum tignorum.*
2. *Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.*
3. *Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.*
4. *Actionem de tigno juncto, apud nos exolevisse.*

Diximus non ita pridem; duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de quo proxime loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res junguntur, ut cohæreant, ut unum corpus constituant, integra manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent quam adaugmentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. *si tamen* 26. *sup.* alterum earum, quæ sic aliis junguntur, ut in his tamquam in subjecto consistant, ac sine his esse non possint, cujusmodi sunt hæc quinque, quæ nunc porro singula exequemur, in solo ædificata, plantata, sata scripta in chartis aut membranis, picta in tabulis.

Quia omne quod solo inædificatur, solo cedit) In conjunctione rerum, de qua agimus, uti naturali ratio si. præstantior existimanda est ea res, quæ per se consistere potest: inferior, quæ imponitur, & sine illa coabsistere non potest; ita & eadem ratione fit, ut hæc ri illa per prævalentiam trahatur, idque ut præstantio cedat: ac proinde utriusque dominus efficiatur, qui dominus fuerat præstantioris, *l. in rem* 23. §. 3. & 4. *de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. *Ait, omne, quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis, atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum, solo cedit, *d. l.* 7. §. *cum in suo* 10. *hoc tit. d. l. in rem* 23. §. *pen. & ult. de rei vind. l.* 2. *de superf. l. qui domum* 50. *ad leg. Aquil. l.* 2. *Cod. de rei vind.* Idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive e converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *dict. leg.* 7. §. *ex diverso* 12. *hoc tit.* & §. *seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, *l. si supra* 28. *hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit, necesse est, ut id quod ædificatum est, solo cohæreat. Nam si Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis ligneis factum mobile in prædio Seji posuerit: id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, *l. Titius* 69. *eod.*

Nec tamen is, qui materiæ dominus fuerat, desinit, &c.) Diximus; eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere: cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possint. Contra tamen & hic & apud Cajum scriptum est, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendat, sciendum est, pro diversa materiæ consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenteria consideremus ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu juncta manent, ipsius ædificii sunt, & domini totius; unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *leg. habitator* 59. *de rei vind. leg. sed si* 26. §. 1. *hoc tit.* At si animum a conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus ius suum amisisse: & ideo ea tigna, licet juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium quamdam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est, quod placet eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, eaque nec usucapere, *leg. in rem* 23. §. *ult. de rei vind. leg. eum qui* 30. *de usuc.* & quod Ulpianus respondet, eum, qui insulam petiit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l.* 7. §. 2. *de exc. rei jud.* nimirum quod ne-

necesse non sit, eum, qui ædium dominus sit, materiæ quoque dominum esse: quam rationem & ipse mox subjicit. Cæterum dubitandum non est, quin verum sit, quod D. Hotomanus hic notat, si ex aliena materia nova prius in species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum: ejus id manere, cui jure specificationis quæsitum erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio ejus esse & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. sed si meis 26. pr. hoc tit.*

Neque ad exhibendum) Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantum vindicari prohibet, sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *leg. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exh. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus tigni injuncti, & verbi causa gemmæ injunctæ annulo alieno: ea enim licet quamdiu cohæret, vindicari nequeat; ad exhibendum tamen eo nomine agi potest, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* Videtis quæ notavimus supra *§. si tamen 16. hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur.) Duplicem ego causam reperio cur lege 12. *tabular.* vetita tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. cum in suo 10. h. t. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur: *d. l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. Cod. de ædif. priv.* quarum illa principalis esse videtur, & rationem finis unicuique legi propositi habere, hæc *[illegible]* & [illegible] adminiculum, de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alienis vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

Sed duplum pretii præstet) Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua quamdiu ædificium manet, carere cogatur; data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib.* (2) Nec dubito, quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit, qui bona fide junxit: id enim textus fere omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primo, ut bene observavit D. Tuldenus *cap. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Cajum, *d. l. 6. §. cum in suo 10.* adversus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. leg. 7. §. cum in suo 19.* adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. pen. de rei vind.* non quod sic conveniatur quasi possidens ut tignum restituat, sed ita quasi dolo malo fecerit, quominus possideat: aut restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *leg. qui res 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum sciscere, tignum ædibus junctis vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumque ejus voluisse dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet, qui mala fide junxit; quod denegatur domino materiæ vindicatio, non solum statim, sed etiam diruto ædificio, si jam ante per actionem de tigno juncto duplum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens junxit, ut furem, præter actionem dupli, extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ult. infr. de oblig. quæ ex dol.* Hoc idem facit *d. l. 63. de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente & sciente domino junctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum, qui bona fide junxit, lex 12. *tabular.* dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur: quam consecuturus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc supererat? *d. leg. 23. §. item quæcumque 5. de rei vind.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. cap. 63. de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus. Primo etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quod nomine non furtivi agi in duplum noluerit, sed quia raro accidit, ut res alienæ mobiles, quæ insciis dominis ad alios perveniunt, in furti vitium non cadant, *§. 2. inf. de usuc.* unde nec Cajus, nec Justinianus, nec Paulus in *dict. leg. 23. §. pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni duntaxat, cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremo, nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria, quæ domino materiæ fit, quod re sua carere cogitur, commodo aliquo pecuniario compensanda fuit, & pro duplo quod ille accipit, majus vicissim commodum consequitur, qui junxit; ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum. Sed & potest dupli præstationem effugere, si tignum eximere malit, & domino restituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum, quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, hoc text. & apud Cajum, *d. l. 7. §. cum in suo 10. hoc tit. l. 2. §. si quis 17. l. ult. ne quid in loc. pub.* Unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi, *l. 6. ad exh. l. 1. de tign. junct. l. qui res 89. in fin. de solut.* nimirum non tantam vindicationem, verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse, argum. hujus §. & *d. l. 23. §. pen. de rei vind. l. 1. de tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis aspectus deformaretur; cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen τὸ ἴδιον, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscure ex eo colligitur, quod alioqui dicendum esset, numquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignum inde eximere, quod falsum est, *l. fin. autem 27. §. ult. l. Julianus 36. de rei vind. l. 5. in fin. C. eod. l. pro voluptuariis 9. de imp. rei dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiliter defendi possit, eumdem fuisse scopum legis 12. tabularum, qui fuit JCti, quo cautum est, ne ea, quæ ædibus juncta sunt, legare liceat, neve negotiandi causa ædificia demoliri, aut marmora, columnas, aliave tigna detrahere, *leg. cætera 41. §. 1. l. senatus 43. de legat. 1. l. senatus 52. de cont. empt. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa, quam ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l. 2. C. de ædific. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui aliquid detrahit citra metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit,

malit, modo id faciat fine periculo ruinæ. Ad hunc ferme modum disputat Bachovius hic. Mihi, ut verum fatear, frustra videtur lege prohiberi, quod sponte sua nemo nisi insanus facturus sit. Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit, consuliturque domino materiæ actione in factum ad pretium consequendum, Grot. 2. *introdu. cap.* 10. Zipæus *notit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non junxerat, sed ab alio forte junctum possidebat; nam in eum demum, qui convictus erat junxisset, in duplum dabatur actio, *leg.* 1. *in fin. pr. de tign. junct.* VINN. Multæ hic nascuntur quæstiones non parum dubiæ, nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adversus bonæ fidei possessorem? Quamvis enim id adfirmet Justinianus: obstare tamen videtur (1) quod lex XII. tabularum tantum egerit de tigno furtivo, *l.* 1. §. 2. *ff. de tign. l.* 63. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* (2) quia hæc actio de tigno juncto sit pœnalis, adeoque locum non habeat adversus eum qui nihil deliquit. (3) quod Paulus, *l.* 98. §. *ult. ff. de solut.* diserte dicit adversus b. f. jungentem actionem dari in simplum. Sed resp. (1) XII. tab. non abscisse meminisse tigni furtivi. Verba enim hæc servavit Festus: *Tignum junctum ædibus vineæque concapET ne solvito.* Addidit Gothofredus. *Ast qui junxit, duplione damnator. Tigna quandoque sarpta, donec dempta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum caussa JCti meminerunt tigni furtivi. (2) Quod hæc actio, quamvis pœnalis, etiam adversus b. f. jungentem detur, ratio est culpa, quæ & in b. f. jungentem cadere potest. Ita recte B. Pagenstecher. in *Irner. mi. capul. coit.* 34. §. 7. (In lege 98. *de solut.* non negatur duplum peti posse, sed pretium refundendum esse, censetur. Quæritur II. an jungens exemoto tigno liberetur? Adfirmat noster: adfirmant alii. Sed legem XII. tab. prohibitivam fuisse, patet ex *l.* 6. *ad exhib. leg.* 1. *de tign. junct. & leg.* 98. *in fine de sol.* Et ratio, ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia dissolvantur, non admittit, ut dicamus in arbitrio esse jungentis, tignum eximere, an duplum solvere malit, *l.* 63. *de don. int. vir. & ux.* loquitur de eo qui sciente & patiente domino junxit. HEIN.

Omnis materia, ex qua ædificia fiunt) Traditur hoc idem & in *l. tigni* 7. *de exhib. l. tign.* 62. *de sign.* unde quidam ajunt tegulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis necessaria, *d. l.* §. *de tign. junct.*

Tunc eam vindicare) Etsi post tempus usucapionis dissolutum sit ædificium, nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup. n.* 1. *l.* 23. §. *ult. de rei vind. l.* 33. *de acq. poss. l.* 23. *de usuc.*

T E X T U S.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum ædificaverit, illius sit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata, utique si non ignorabat, se in alieno solo ædificare: & ideo licet diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certe illud constat, si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiæ & mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem mali repelli, utique si bonæ fidei possessor fuerit qui ædificavit. Nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

N O T Æ.

30. *Ex diverso*) Ex Cajo *l.* 7. §. 12. *ff. hoc tit.*

Si non ignorabat) Nam si ignoravit, quamvis ædificium sequatur soli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l.* 2. *Cod. de rei vind.*

In possessione constituto) Nam si non possidet, nulla ei actio in re prodita, qua pretium materiæ aut sumptum consequatur, *l.* 33. *ff. de cond. ind. leg.* 14. *ff. de exc. dol. leg.* 48. *de rei vind.* Cujacius tamen incerti condictionem dat: id est possessionis.

Potest obiici culpa) *leg.* 37. *de rei vind.* Hoc tamen ei concedendum, ut sine læsione prioris status rei tollat quod posuit, *d. l.* 37. *l.* 5. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione personarum ex sua materia in aliena ædificantium.*
2. *Non semper eum, qui in alieno sciens ædificat, donandi animo ædificare intelligi.*
3. *Ædificatorem in possessione constitutum pretium materiæ & impensas servare posse opposita doli mali exceptione.*
4. *Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*
5. *An malæ fidei possessor pretium materiæ & impensas eadem ratione servare possit?*

EXplicatur hic species superiori contraria. Illic quæsitum fuit de eo, qui ex aliena materia ædificavit in solo suo, hic quæritur de eo, qui ex sua materia ædificavit in solo alieno. De quo ex personis ædificantium & tempore varie constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas: nam ad ædificii acquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit domus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam, §. *præced.*

(1) *Utique si non ignorabat*) Quum non de ædificio ipso, sed aut de materia, aut de pretio materiæ, aliisve impensis consequendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est, sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno ædificat. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo ædificavit bona fide, is quamvis ædificium quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominium soli, materiæ tamen proprietatem non amittit, *arg. hujus* §. in verbis a me notatis. Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur, & sibi reddatur propter legem 12. tab. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto, poterit ipsam materiam vindicare, *l.* C. *de rei vind.* Qui autem ex sua materia in alieno ædificavit mala fide, placet, eum proprietatem materiæ amittere in tantum, ut ne diruto quidem ædificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Justinianus post Cajum in *l.* 7. §. *ex diver-*

divers. 12. h. tit. quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno ædificare, præsumptio est, arg. l. 14. de donat. l. cujus per errorem 53. de reg. jur. Cæterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi ædificasse; dissoluto ædificio, materiam vindicare non prohibetur, l. 2. Cod. de rei vind. Finge, aliquem in aliena area ædificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam, negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cum spem haberet fore, ut aream usucaperet, arg. l. Julianus 37. de rei vind. Finge, ædificasse in solo litigioso: dicam id sui juris possessionisque tuendæ causa fecisse, non animo donandi, per dict. l. 2. Cod. eod. tit. Finge denique, colonum aut inquilinum ædificasse in area conducta: dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, leg. dominus 55. §. 1. locat. Sed etsi quis mala fide in alieno ædificaverit, dum ex materia item non sua, æquum est, soluto ædificio, materiam ad pristinum redire, arg. dict. l. 2. Atque hæc etiam communis Interp. sententia est. Vid. Wesemb. Mynsing. [illegible] Centur. hic. Balduin. [illegible] ad dict. leg. 2. Fachin. 1. controv. 55.

2 *Si in possessione constituto ædificatore &c.*] Cum igitur [illegible] ædificator, cujuscunque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione cæterisque impensis, quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator retentione consequi possit? Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione [illegible] servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator, an non possideat. Si possideat, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata sibi ratione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in dict. l. 7. §. ex diverso 12. & Imp. hic aiunt, *Si in possessione constituto ædificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvat pretium materiæ, posse eum per exceptionem doli mali repelli*; nimirum quia dolo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, l. nam hoc natura 14. de cond. ind. junct. l. 1. de dol. mal. exc. Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque dumtaxat dandam, quo res facta est pretiosior, l. in fundo 38. de rei vind. & ita demum si fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, l. sumptus 48. eod. Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit. leg. nihil dolo 129. de reg. jur. nec videtur cum alieno damno locupletari, qui hoc tantum agit, ut non quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur. Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiæ aut sumptus a se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. tab. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est, qui ipse tignum junxit, leg. 1. §. de tign. junct. In factum actio, de qua in l. in rem 23. §. item quæcumque 5. de rei vind. non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec etiam hic esse potest negotiorum gestorum. quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, l. 5. Cod. de rei vind. Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, l. 3. Cod. de neg. gest. l. in hoc 14. §. 1. ver. diversum cum. divid. quippe actus gentium non operantur ultra eorum intentionem, l. non omnis 19. de reb. cred. Postremo hæc conditionem indebiti habere potest: nam ut differit Paul. l. si in area 33. de cond. ind. qui possessionem ultro domino tradit, nullum cum eo negotium gerit, nihil in eum confert: tantum quod suum est, dominus suo jure recipit. In quam rem extat & generalis definitio Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repeti non posse, leg. ex quibus 51. dict. tit. Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanter veteres omnes scribunt, nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse quam per retentionem; opposita doli mali exceptione, si res a domino vindicetur, Papin. l. sumptus 48. de rei vind. Julian. d. l. si in area 33. de cond. ind. Paul. l. 14. de dol. mal. exc. Pompon. l. hæres 21. ad SC. Treb. Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit, quam possidenti, nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare, quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento, in quo actio radicetur, per l. 1. Cod. de leg. scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quam ut inducatur actio, quæ nonnisi ex certis principiis juris nascitur: ac proinde etsi hic sit aliqua obligatio naturalis, quam inducit æquitas, tamen sola naturalis obligatio actionem non producit, nisi jure civili aut prætorio adjuvetur. Ant. Fab. 26. err. 9. & seq. Tim. Fab. anniversf. disp. 13. th. 3. Existimat quidem D. Cujacius 10. obs. 4. posse non possidentem condictione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumptus servare, arg. leg. indebiti 15. §. 1. leg. qui exceptionem 40. §. 1. de cond. ind. Sed multum interest utrum quis in rem alienam quam talem, & quam scit se restituere debere, ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in dict. leg. 14. §. 1. comm. div. l. 5. Cod. de rei vind. Fallitur quoque Martinus Glossator, eumque secutus Goed. in leg. compensatæ 79. de verb. sign. dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant, arg. l. 9. §. 3. de neg. gest. l. 8. de pign. act. l. 7. §. ult. sol. matr. Nam in dict. l. 6. §. 3. agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impensas fecerint in rem, quam ex contractu & a domino acceperunt, quos certum est, vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse, quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis l. 5. Cod. de rei vind. ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primum quia hic non de necessariis impensis quæritur, sed utilibus. Deinde quia ex eo, quod dicitur impensarum esse repetitio, non sequitur, illico eo nomine etiam esse actionem: sufficit enim repetitionem esse suo modo, per retentionem videlicet & exceptionem: quippe verbum re-

repetitionis aut petitionis, etiam ad eum pertinet, qui exceptione utitur, *l. 1. de except. l. 15. rat. rem hab.* neque aliter *in dict. l. 5.* accipi potest, ubi agitur de ædificiis in fundo constituto in possessione, D. Don. 20. *comm.* 7. post Cyn. Castr. Salic. in *dict. l.* 5. Marciani tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in judiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num.* 82. *& seqq.* 4) quod promptius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si me & Titium* 32 *de reb. cred.* Paul. Bus. ad *l.* 33. *de cond. indeb.* Diod. Tulden. *hic cap.* 58. nam & hic diruto ædificio materiam ipsam vindicare non prohibetur, add. Garz. *de expens. & meliorat. c.* 1. *nu.* 24. *& c.* 7. Zypæum *not. jur. Belg. de rei vind.*

(5) *Utique si bonæ fidei possessor fuerit, &c.*) Non satis est ad servandas impensas, ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi facte sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Julianus* 37. *de rei vind. l. idque* 45. §. 1. *in fin. de act. empt. l.* 5. *Cod. de ædif. priv.* Quibus consentaneum est quod scribit Papinianus, *l. sumptus* 48. *de rei vind.* Sumptus in prædium alienum factos pati quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servari, si a bonæ fidei possessore facti sunt; ut intelligimus in malæ fidei possessore, ne æquitatis quidem ratione eo passo servari debere. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objici posse, & a domino replicari, quod temere & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l.* 7. §. *ex diverso* 12. *eod. l. Julianus* 37. *de rei vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *leg. sin autem* 27. §. *ult. dict. tit.* qui improbe facti sunt, restituendos non esse, *leg.* 5. *Cod. de ædi. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. plane* 38. *de hæret. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc judicia separentur: sed animadvertendum est, Paulum non simpliciter dicere, etiam prædonem impensas deducere, aut imputare, sive per retentionem opposita doli mali exceptione servare; verum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum, & utilium. Quod sic omnino accipi debet, ut necessarias quidem deducat, (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *leg.* 5. *Cod. de rei vind.*) utiles vero, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *dict. l. Julianus* 37. *de rei vind. l.* 5. *Cod. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo, si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sane id pro suo jure facere, *l. in fundo* 38. *de rei vind.* sed hoc casu utiles quoque impensæ deducentur, ne quod ait Paulus, ex aliena jactura petitor lucrum sentiat. quæ ratio in utilibus impensis hoc demum casu locum habet, non autem si paratus sit petitor pati, ut tollantur. Ita D. Ant. Fab. *conj.* 1. *& dec.* 26. *err. & seqq.* cui in hoc assentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularum rerum distinctionem magis probet, *notib.* ad Treutl. 1. *disput.* 14. *thes.* 29. *& par.* 2. *disput.* 20. *thes. n.* 6. Alii, *d. l.* 38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed cum nihil definierit Jurisconsultus de utilibus tantum: & tam utiles simpliciter, quam quæ simul necessariæ sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l.* 39 *eadem tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servo ingratia soluta: quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam a possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci. Vid. D. Donell. 20. *comm.* 7. Costal. in *l. in fundo* 38. *de rei vind. & l. si in arte* 33. *de cond. ind.* Menoch. *rec. poss. rem* 15. *num.* 500. *& seqq.* Charond. *lib.* 10. *resp.* 16. Garz. *de expens. & meliorat.* & alios allegatos a D. Christe *vol.* 2. *dec.* 174.

T E X T U S.

De Plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore quo radices egerit planta, proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ratio enim non patitur, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit.*

N O T Æ.

31. *Si modo utroque casu radices.*) Quia ex eo tempore, non solum ut sapis finies solo adhærescit, & cum solo unum corpus constituit, *l.* 40. *ff. de act. empt.* sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, *d. l.* 26. §. 2. *h. tit.* Cæterum Nerva, & Verus priori domino utilem in rem actionem dabant, *l.* 5. §. 3. *de rei vind.*

Communis fit) Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, *l.* 8. *hoc tit.* eruta autem pro indiviso communis esse incipit, *l.* 19. *comm. div. t. pen pro soc.* Itaque in *d. l.* 8. §. 1. *pro & sunt pro indiviso communia prædia*, legendum est, *pro diviso*. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Proprietatem arboris transplantatæ post coalitionem ita immutari, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur.*
2. *Quomodo priori domino consulatur de pretio plantæ, primum ei, qui alienam posuit in solo suo, deinde ei qui suam posuit in alieno?*
3. *Pomponius cum Cajo & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo, de qua ita post Cajum in *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* scribit Justinianus: *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit.* Et ex diverso, *si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit*, Mæ-

Namque planta erit, si modo utroque casu radices egerit, ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Tria sunt, quæ his verbis docentur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere, cujus fuerant, usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint, solo cedere, & incipere ejus esse, cujus est solum. Tertium, nihil in proposita specie interesse, utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit, an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita, cui etiam hæc accedit, quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l. sed si meis* 26. §. 2. *hoc tit.*

Si modo utroque casu radices egerit Idem valet, si coaluerit, §. *seq. & d. l. sed si meis* 26. §. 2. *eod. l. hoc amplius* 9. §. *Alfenus* 2. *de damn. inf.* Nam radicum immissione fit, ut plantæ cum terra coalescant & unian tur, ut jam earum non sit separatum a fundo corpus, *l. Q. Mucius* 30. *de act. empt.* Coaluisse autem & radices immisisse certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat, & certius etiam, si quidem ex se emittat, aut fructum ferat. (1) Et sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, *dict. l. sed si meis* 26. §. 2. Quamobrem nec ei sic consultum est ut domino materiæ, quæ juncta est alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat, & suo sensu ejusdem diruto ædificio vindicare potest; *l.* 2. *Cod. de rei vind.* arbor autem, quæ in aliena terra coaluit, non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *dict. leg. sed si meis* 26. §. 2. Hinc etiam est, quod qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc, ut positam sibi tollere liceat, cum nec separata eius sit: quod contra est in eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit, *leg. sin autem* 27. §. *ultim. l. Julianus* 37. *de rei vind. l.* 5. *Cod. eod.* vid. §. *præc.* (2) Cæterum æquum est, adversus eum, qui alienam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facto, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione, *l. in rem* 23. §. *idem quæcunque* 5. *de rei vind.* Varrus & Nerva utilem in rem dabant, *l.* 5. *de arbore* 3. *dict. tit.* nimirum pretii consequendi gratia: nam directam in rem non habet, *l.* 9. §. *Alfenus* 2. *de damn. infect.* Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti, & conditio furtiva, ut adversus furem, §. *ult. inf. de obl. quæ ex del.* Est & vindicatio, & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui desierit possidere, *l.* 1. *in fin. & l.* 2. *de tign. junct.* At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si in possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus a se factis actionem habet: nam nec in factum dari potest, quia hæc est de damno alii dato: tantum hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimatione & sumptus servet per doli mali exceptionem, *l. si quis sciens* 11. *Cod. de rei vind. l. qua ratione* 9. *in pr. hoc tit.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temere plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, *arg.* §. *præc.*

Ut in ejus fundum radices egerit) Sic nimirum, ut tota jam ex terra Titii alatur: quod aliquando contingere potest, veluti si veteribus radicibus exarescentibus aut putrescentibus, novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini dumtaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud a mente & a verbis Justiniani plane alienum est, quod quidam scribunt, non veterem arborem, quæ in vicino fundo posita in Titii fundum radices egerit, Titii fieri; quasi impossibile sit, ut ea omnes radices in Titii fundum agat, sive ut tota inde alatur; sed novam, quæ forte ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari; quod omnino de vetere arbore, quæ ante vicini erat, accipiendum est. Et quod sequitur de arbore prope confinium posita, eam communem fieri, si in vicini quoque fundum radices egerit; non de alia accipi potest, quam quæ antea fuerat tota unius.

Si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit) Efficit hoc eadem ratio: sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquot radices egerit; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet, cujus in fundo origo ejus fuit: eo quo radices magis juxta arboris truncum spectandæ quam partes earum extimæ. (3) Et ita Pomponius in *l.* 6. §. *ult. arb. furt. cæs.* cum Cajo & Justiniano conciliandus. D. Pac. *in analys. hic.* VINN. Immo diversas fuisse apparet Caji & Pomponii sententias: Cajus nec trunci, nec ramorum rationem habet: Pomponius solius trunci. Germani fere ad ramos respiciunt: ut fructus in tantum fiunt communes, in quantum in utriusque fundum propendent rami. Jus Prov. Sax. *Lib.*2.*art.*52. Simile quid ex statuto Ultrajectino & moribus observati in provinciis Belgicis, notavit B. Huber. *Præl. h. tit.* §. 41. HEIN.

Communis fit) Abusive. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædii, *l. pro reg.* 8. *h. tit.* Cæterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tamquam partibus quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati, & inde postea exempti, *l. arbor* 39. *comm. div. l. pen. pro soc.* tecteque monet D. Cujac. *hic in dict. l. pro regione* 8. *hoc tit.* legendum esse, *& sunt pro diverso communia prædia*; non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso*. Et vero confinium non est nisi in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

T E X T U S.

De Statione.

32. *Qua ratione autem plantæ, quæ terræ coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quæ sata sunt, solo cædere imtelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo ædificavit, si ab eo dominus petat ædificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea quæ diximus: ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consevit.*

N O T Æ.

32. *Bona fide consevit*) Addendum hoc Cajo *d. l.* 9. *pr.* Nam bonæ fidei possessori tantum hæc exceptio competit, *d. l.* 11.

COM-

COMMENTARIUS.

Tertia species accessionis superiori plane similis est frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt: nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant: & ex diverso, si tuum fundum meo frumento conseverim, tuæ fiant: non enim semen, quod injectum solo est, amplius inspici placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascuntur, *l. qui sat*, 25. *in princ. &* §. 1. *de usur.* Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione quam in factum æstimationem consequi; adversus eum autem, qui idem fecerit mala fide, est actio furti & condictio furtiva; est in rem & ad exhibendum, ut adversus eum, qui dolo malo desiit possidere. Quod si quis alienum fundum suis impensis conseverit, siquidem bona fide, is, si in possessione sit, poterit per retentionem impensas a se factas servare, opposita doli mali exceptione, si res vindicabitur, *l. 9. pr. hoc tit.* possessione vero amissa, nullam impensarum nomine actionem habet, si mala fide, ne possidens quidem, vel per retentionem quicquam servare potest, *leg. si quis* 11. *C. de rei vind. sac. l. qui alienum* 14. *de donat.*

TEXTUS.

De Scriptura.

33. *Litteræ quoque licet aureæ sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea, quæ inædificantur, aut inseruntur, ideoque si in chartis membranisve tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis, non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si a Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.*

COMMENTARIUS.

Hæc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, litteras licet aureas, chartis membranisve cedere, perinde ac solo cedunt quæ inædificantur, aut inseruntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt: quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, *leg. in rei* 23. §. 3. *de rei vind.* Qui etiam alibi diserte affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse, *leg.* 3. §. *penult. ad exhib.* Et si igitur litteræ aureæ sint, ut hic dicitur, & in *l.* 9. §. 1. *eod.* chartisque longe pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est: & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficies, quæ & ipsa plerumque pretiosior est solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotoman. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & scripturæ comparationem: non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historiæ in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur; nam eam scriptura imposita quodammodo interire & consumi, atque ob id sufficere debere, si domino æque bona reddatur, aut solvatur ejus æstimatio. Sane perquam iniquum & absurdum videri, eam, qui forte rationes suas aut meditationes in aliqua charta scripserit, quas plurimum ejus intersit cum aliis non communicari, scripturam amittere, easque chartas a domino vindicari posse. Et quid si inventarius sit aliudve instrumentum, in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum interire aut consumi: totaque sua disputatione nihil aliud efficit, quam quod in proposito, si forte tales species, qualium ille meminit, inciderint, ratio hujus juris non præcise servanda sit. Quis autem hoc neget? Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ, sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam scriptura trahat, testis post alios Mynsing. *hic* ex nostris Grotius *lib.* 2. *manud. cap.* 8. add. Diod. Tuld. *hic cap.* 38.

Poterit se Titius defendere per except.) Scribenti, nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum vindicaret, quod illius non est; nec ad exhibendum agere, ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet magis quam cæteri, qui in alieno quid posuerunt, quod solo cesserit; adeoque ipse suo sibi pacto scripturam adimit, dum chartæ adjicit, cujus dominus eam a re sua accipit, ut dominus soli a solo accipit ædificata & sata, *l. si in area* 33. *de cond. ind. l.* 11. *Cod. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l.* §. 1. *hoc tit.* nec aliter tamen, quam si scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo* 38. *de rei vind.* Cæterum non ut qui soli dominus est, alienam materiam aut plantam suo solo jungere potest; ita & qui dominus est chartæ, alienam scripturam chartæ suæ imponere. Quamobrem nec omnia, de quibus in superioribus, ad hanc speciem applicari possunt.

TEXTUS.

De Pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere, aliis videtur, picturam (qualiscumque sit) tabulæ cedere; sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. Unde si a domino tabulæ imaginem possidente is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ: poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabulæ adversus eum detur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bonæ fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is qui pinxit, surripuit tabulas, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

NO-

NOTÆ.

34. *Nobis videtur melius*) Amplectitur sententiam Caji in *leg. 9. §. 2. hoc tit.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur [illegible] efficacior est pictura litterarum.

Qui pinxit eam, petat) Recta sive directa vindicatione, quæ pictori ut domino competit, *d. §. 2. leg. 9.*

Utilis actio) quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l. 3. §. 3. ff. de rei vind.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur in pictura a communi ratione acquirendi recessum?*
2. *Quid si non Apelles aliquis, sed inferioris notæ Pictor in aliena tabula pinxerit?*
3. *Quomodo succurratur domino tabulæ adversus Pictorem?*
4. *Quid si Pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato?*
5. *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus?*
6. *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus qui sciens in alieno solo ædificavit.*

Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioqui dicendum esset, nec ædificium areæ, nec purpuram vestimento, nec litteras aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, ei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *leg. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noster fuit, *l. 9. §. 2. h. t.* sententiam amplectitur, vulgoque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. (1) Rationem si quæras, scribit Paulus *dict. loc.* eos, qui in pictura a communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sane non est, si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur: verum arbitror, veteres maxime pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sane vocis picturæ significatio id non impedit, quippe quæ non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare picturæ, docere, exercere picturam, &c. Plin. *lib. 35. cap. 9 Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis, & ejusdem lib. cap. 10. Hujus* (Pamphilii Macedonis) *auctoritate effectum est Sicyone, ut pueri ingenui primum in buxo docerentur.* Quanto autem hæc ars in pretio atque honore fuerit, vel ex eo æstimare licet, quod dignatione liberalium censeretur, & quidem in primo gradu: eamque solos ingenuos & honestos exercere fas esset, interdicto perpetuo, ne servitia docerentur, teste Plin. *dict. loc.*

Aut videtur, picturam, qualiscumque sit, tabulæ cedere) Hoc est, picturam, etiam quæ maximi sit, & nobilissima, cedere tabulæ cui imposita est, licet longe viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. in rem 23. §. 3. de rei vind.* Cujus sententia cum aliis locis, a quibus commode separari non potuit, in contextum forte irrepsit. Qui negant, Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

(2) *Picturam Apellis vel Parrhasii*) Quid ergo, si non Apelles aliquis, aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias, sed alius longe inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus, imaginem, quam ille pinxit, tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum Pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris, cum Cajus, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, placere tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. h. t.* Et sane non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum caussa insignium horum pictorum meminisse, in universum autem non artificis, sed artis præstantiam cum cæteris spectasse; ita propemodum & D. Tul. *hic c. 38.* & Fabr. ad Theoph. De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. Plin. *d. l.* VINN. Immo veram rationem attigisse videtur Em. Merillius *Obs. lib. 8. cap. 28.* quod per picturam fiat quædam specificatio. Eam rationem probari etiam video V. C. Schultingio ad Caj. *Inst. 2. 1. p. p. 82.* HEIN.

Is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ). Ex sententia Justiniani & Caji competit ei cui pinxit adversus dominum tabulæ recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum sua re pretium quoque alieno facto amittat; placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quam si pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2.*

Consequens est, ut utilis actio domino tabulæ) At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum, unde hoc consequatur. Immo ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque qui pinxit, dominum tabulæ fieri; contra potius colligas, priori tabulæ domino omnem omnino vindicationem negari. (3) Verum arbitror, Justinianum hoc significare velle cum omnibus, qui rem suam sine facto suo hoc jure amittunt, actione aliqua succurratur, qua si non rem, saltem pretium consequantur; æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amisit; cumque eo nomine variæ comparatæ sint actiones pro conditione rerum junctarum, veluti ad exhibendum, si separari possunt, *l. 6. ad exhib.* si non possunt, actio in factum, *dict. leg. in rem 23. §. item quacumque 5. de rei vind.* nonnumquam etiam ex æquo bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie, *leg. 5. §. de arbore 3. eod. tit.* quæ prope abest a nostra; placere etiam hanc eandem æquitatis rationem domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo eadem: nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur; nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & recte possit a domino vindicari, *arg. l. si habitator 56. de rei vind. l. 2. Cod. eod.* contra quam existimat Cantiuncula.

(4) *Non solvat impensam picturæ*) Quid ergo, si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra obla-

oblato, uter audiendus? Haud dubie pictor; quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet, qua scilicet efficaciter experiatur, etiamsi possessor retinere malit, paratus solvere impensam picturæ, ut recte post Glossam communiter Interpretes censent: (5) quibus proinde etiam in eo assentior, quod in concursu adversus tertium possessorem, eum qui pinxit domino tabulæ præferunt; licet Div. Donellus *lib. 4. comm. cap. 36.* contra disputet, neutrumque alteri velle præferri, sed occupantis meliorem esse conditionem, in eo errans, quod existimat, utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficaciæ, cujus est directa, contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam Pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem potiorem esse voluisse. Disputatio autem habri, quando actio utilis directæ præferatur, huc non pertinet: sed locum habet in actionibus in personam, aut ubi quis a domino jus aliquod dominio proximum habet, ut emphyteuta & superficiarius.

Utique si bonæ fidei possessor fuerit &c.) Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris, nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio aperte hic possidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omissa exceptione doli, poteritne saltem (quod VVesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione, cum mala fides non impediat, quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? §. *si tamen 26. sup. eod.* Mihi videtur Justinianus non obscure ei, qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, qua supra denegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quod hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur; sicut ille operam & materiam. Quod si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

T E X T U S.

De fructibus bona fide perceptis.

13. *Si quis non a domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos perceperit, ejus esse pro cultura & cura: & ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

N O T Æ.

35. *Vel ex donatione*) Igitur male distinguit Pac. inter possessorem ex causa onerosa & lucrativa.

Alia justa causa.) Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio, &c.

Placuit fructus) Non industriales tantum, sed etiam naturales, ἀσπάρτως καὶ ἀνήροτα *l. 48. ff. h. t. l. 78. ff. de rei vind. l. 13. quibus mod. usf. am.* Nam b. f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quo dominis prædiorum tributum, esse, qui agrum vectigalem habet, *l. 25. §. 1. ff. de usur.* Obstat *l. 45. ff. d. t.* Resp. intelligenda est de possessoribus, qui justum titulum non habent.

Fructibus consumptis) *§. 2. inf. de off. jud. l. 4. §. 2. fin. reg.* Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditum *l. 22. C. de rei vind.*

Qui alienum fundum sciens) Malæ fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere cogitur, *d. l. 22.* teneturque de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, *l. 4. C. de cond. ex leg.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quid sit fructus & quotuplex?*
2. *In persona acquirentis quæ spectanda?*
3. *Quando fructus percepti intelligantur?*
4. *Præcipuam & adæquatam hujus acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*
5. *Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.*
6. *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.*
7. *Ostenditur multis cum rationibus, tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.*
8. *Pomponius cum aliis conciliatus.*
9. *Bonæ fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.*
10. *An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus est.*
11. *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*
12. *Malæ fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.*

MOdos acquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quod quædam eo jure nobis acquirantur facto nostro & occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem a Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & fere jam hi modi etiam speciatim a nobis expositi sunt, omnes quidem omnino & singuli, quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus vero facto nostro, paucis exceptis, scilicet inventione thesauri, & apprehensione rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: de quibus adhuc postea dicendum. Ad neutrum autem horum modorum videtur referri posse acquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius facto, puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris, neque ab alio percepti, agrove ab alio consito, bonæ fidei possessoris non fierent, licet perceptio bonæ fidei possessori sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cætera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maxime sint fructus, qui ex ea nascuntur, *l. qui scit. 35. in pr. & §. 1. de usur. l. 1. & l. 6. h. t. l. 21. Cod. de rei vind. §. item ea 19. sup. eod.* eadem quoque juris ratione convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneant, etiam cum a re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, *leg. fructus pendentes 44. de rei vind.* necesse est etiam le-

separatos ejusdem manere: id enim est quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, *l. solum* 49. §. 1. *d. t.* Et res ita habet. Cæterum hæc acquisitio illius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius, quæ acquiritur, & personas acquirentium, quam modum formamve acquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt, res quæ acquiritur, persona acquirentis, acquirendi ratio, & modus. Res, quæ acquiritur, sunt fructus. (1) Fructus, teste Varrone 4. *de ling.* a ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. VINN. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib.* 4. *cap.* 4. *fruges & fructus* derivare videtur a *fruendo*, spicas a spe, culmum a culmine. Cæterum fructus proprie dicuntur, ex ipso corpore obvenientes. Qui rei tantum occasione ad nos redeunt, proprie fructus non sunt *l.* 121. *ff. de verb. sign.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda quæ apud auctorem sequuntur. HEIN. Nostri, cum generalius loquuntur, appellatione fructus omnem reditum, omnem obventionem, omneque commodum, quod vel ex re nascitur, vel per causam rei percipitur, complectitur. Hinc nata fructuum divisio in civiles & naturales. Civiles dicuntur, qui non ex corpore rei nascuntur, sed extrinsecus per occasionem rei jure percipiuntur, cujus generis sunt usuræ, mercedes, pensiones, reditus annui, unde nec proprie fructus sunt, *leg. usura* 121. *de verb. sign. l. si navis* 62. *de rei vind.* sed in fructus numerantur, quia vicem fructuum obtinent, *l. videamus* 19. *l. usura* 34. *l. prædiorum* 36. *de usur. l. mercedes* 29. *de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l. ancillarum* 27. §. 1. & 3. *seqq. dict. t. dict. l. si navis* 62. *de rei vind.* Cæterum de isto genere hic non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola & *αὐτομάτως*, sponte magis quam diligentia hominis proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum, aut natura quidem adjutrice, cæterum facto maxime & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis, industriales vulgus Interp. appellavit, cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, *leg. fructus* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. lib.* 7. §. *non solum* 9. *sol. matr.* VVesemb. *hic* Don. 4. *comment.* 25. Menoch. *de arbor. c.* 120. *num.* 26. Et sane hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. *in leg.* 2. *C. de resc. vend. p.* 2. *cap.* 4. *num.* 52. & D. Faber. *cap.* 45. post Cujacium 1. *conject. ad fract. cap.* 44. Ego cum Bartolo in *l. & ex diverso* 35. *de rei vind.* Covar. 1. *resol.* 3. *num.* 6. existimarem, nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis: quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo disputatur hoc § 2 In persona acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, *l.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam existimet rem ad se pertinere, *l. qui a quolibet* 27. *de contr. empt. l. bonæ fidei* 109. *de verb. sign.* Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, *l. si fructuarius* 13. *quib. mod. ususf. amitt. l. quis scit* 25. §. 1. *de usur.* (3) Percepti autem fructus intelliguntur, simul atque a re qua tenebantur separati sunt. In fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spicas aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut evecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. si fructuarius* 13. & *d. l. qui scit* 25. §. 1. *l. si ejus* 78. *de rei vind.* In animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. in pecudum* 28. *de usur. l. bonæ* 48. *in fin. h. t.* Nonnunquam tamen verba percipiendo aliquid amplius designatur quam simplex illa, quam dixi, fructuum a re separatio; quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *dict. l. bonæ* 48. fructus bonæ fidei possessoris fieri, etiam prius quam eos perceperit, nimirum prius quam perceperit plene & perfecte, prius quam eos collegerit, evexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *dict. leg. si ejus* 78. *de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali; ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt: & si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando prædio tam imputet, atque ad eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutio non fiat. (4) Principalis vero ratio in persona possessoris quærenda, ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor pene pro domino haberi debeat, *dict. l. quis scit* 25. §. 1. *de usur. dict. l. bonæ fidei* 48. *h. t.* hinc non tantum fructus, sed & cætera fere omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ usucapi possunt, §. *namque si cui* 4. *inst. de act. tot. tit. de Publ. in rem act.* Item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis suis aut re possessoris acquirunt, §. 4. *vers. item placet infr. per quas pers. cuiq. acq.* In summa, bona fides tantumdem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Jurisconsf. in *leg. bona fides* 136. *de reg. jur.* VINN. Non ignotus hic Jurisconsultorum dissensus. (5) Alii culturam & curam statuunt esse hujus acquisitionis causam: alii cum auctore nostro bonam fidem. Hinc illi industriales tantum, hi & naturales fructus bonæ fidei possessori acquiri putant. Res clara videtur. Causa proxima est *cultura & cura*, id est qualiscumque cura rei impensa. Culturam enim & curam synonyma hic esse, pridem docuit V. C. Gerar. Noodt *Prob.* 11. 7. At causa remota est bona fides. Hinc tametsi bonæ & malæ fidei possessor eamdem curam rei impendant: tamen hic fructus non acquirit, quia ipsi nec color, nec jus colendi fuit. Rem eleganti loco ex Terentii Adelph. *act.* 1. *scen.* 3. *vers.* 27. illustrat laudatus Noodt. *Comm. ad ff. t. de rei vind. p.* 197. *Tom. II. Op.* An ergo & naturales fructus acquirit bonæ fidei possessor? omnino, quia nulla res est, quæ si non culturam, saltim curam aliquam exigat. HEIN.

Quem dominum esse crediderit In hoc potissimum versatur bona fides. Nihil autem interest, putaveritne eum dominum esse, qui non erat; an sciverit dominum non esse, & putaverit eum jus alienandi a domino aut lege habere, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. bonæ fidei*

fidei 109. de verb. signif. l. ult. præ empt. l. 13. §. 1. & seq. seq. de Publ. in rem act. l. qui a quolib. 27. de cont. empt. At enim si dominum esse existimet, necesse est, ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdicta: nam si verbi causa a pupillo, quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, d. l. 13. §. 1. de Public. d. l. qui a quolibet 27. de cont. empt. Si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere lege non prohibente, d. l. 13. §. 2. l. lex quæ 22. C. C. de adm. tut. Si existimet procuratorem, ut putet, aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum sit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio a domino permissa, l. insjurandum 17. in fin. de jurejur. l. 9. §. nihil autem 4. hoc tit.

Aliave justa causa) Nam cum numquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem ad se transferri, quam si justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur, l. numquam 13. hoc tit. d. l. 13. §. 1. de Public. in rem act. Justam autem causam appellat justum titulum, ex quo si res a domino, eove, qui jus transferendi habet, traderetur, dominium statim in accipientem transiret, ejusmodi causæ sunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, l. 1. & seq. de Publ. in rem act. Nec sufficit putare, titulum intervenisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquisitionem prodesse debet, nisi forte huic nostræ opinioni causam dederit justa & probabilis facti ignorantia, vid. infr. de usuc. §. error, 6.

Æque bona fide acceperit) Neque sufficit, possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse desinit, ita quoque denegatur fructuum acquisitio, l. qui bona 23. §. 1. h. t. licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, l. pen. pro empt. leg. un. Cod. de usuc. transf. quippe in usucapione tantum una acquisitio est, & ideo in ea sufficit, vel initium possessionis justum esse, in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unum initium, ut in usucapione, sed singula momenta, dict. l. qui bona 23. §. 1. l. bonæ fidei 48. §. 1. hoc tit. Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julian. leg. qui scis 25. §. 2. de usur. bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi, qui postea cognovit rem alienam esse, quamdiu ea evicta non fuerit; nisi dicamus cum Glossa & Bart. Julianum nihil aliud significare voluisse, quam hujusmodi possessorem, manere interim in possessione percipiendi fructus, nec in ea perceptione ab eo, qui se dominum esse intendit, pendente lite, quamdiu de scientia nondum vere constit, turbari posse: ac re evicta, & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem; & sane hoc probabilius est, quam quod Baroni in hunc §. Copo lib. 2. de fruct. tom. 4. cap. 5. D. Tuldeno hic cap. 48. videtur, Jurisc. inter se dissensisse. Ait, *acceperit*; etenim aliter nec possidet, nec putare potest rem suam esse, licet conventio præcesserit, non enim nudis pactis, sed traditionibus dominia rerum jure gentium transferantur, l. traditionibus 20. C. de pact. Obiter addo, bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi; atque inde esse, quod non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, l. quoties 18. §. 1. de probat. leg. pen. C. de evict. D. VVesemb. n. 4.

Fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura) Cum in persona possessoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione a re, qua tenebantur, fructus possessoris fieri. (6 Non interest, quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo: nam & eum, qui ex causa donationis rem acceperit, diserte cum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. (7 Sed neque fructuum conditio quicquam de hac acquisitione mutare videtur, & non tantum fructus industriales, sed naturales etiam ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistincte loquitur hic Imperator, & Jurisconsulti in l. bonæ fidei 48. h. t. l. si ejus 78. de rei vind. leg. 13. quib. mod. usf. am. Caji quoque ratio generalis est in l. in pecudum 28. de usur. ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu est. Ait quidem Justinianus hic, fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura & cura; at vix ulla res est, quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat; coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ, oleæ attonderi & interradi gaudent. Plin. l. 15. cap. 1. Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut sylvæ cæduæ, poma, nuces, aliique fructus sylvestres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tamquam dominus jure soli fructus percipiat: & consequenter etiam nos percipiendo suos facit, in quos neque culturam, neque curam ipse impendit, l. qui scit. 52. §. 1. de usur. tantum quia ἐπὶ τὸ πολὺ accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniat: ratio hæc a Justiniano expressa est. Evincitur hoc quod dico etiam ex eo, quod mox subjicit de fructibus consumptis; ait enim, quos fructus possessor percipiendo suos fecit, de iis consumptis dominum intervenientem & rem suam vindicantem agere non posse, hoc est, possessorem eos consumptos lucrari: at lucratur consumptos omnes l. 4. §. 2. in reg. l. circum 22. Cod. de rei vind. §. 2. inf. de off. jud. ergo & perceptos interim suos omnes facit. Exemplis quoque demonstrari potest, non industriales tantum, sed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei possessoris, simul atque a solo aut re, qua tenebantur, separati sint. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana scribit Cajus in d. l. in pecudum 28. de usur. & Paulus, in l. bonæ fidei 48. §. ult. h. t. hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse, qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas possessori sumptus facere necesse sit; quamvis Cajus non aliam harum rerum acquisitionis rationem reddat, quam quod in fructu sint. Fortassis & uvas iidem ob eamdem causam inter fructus industriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legimus, statim bonæ fidei possessoris fieri, negabunt huc pertinere. At certe oleam negare non poterunt esse vel maxime fructum naturalem, quippe quæ, teste Plin. lib. 15. c. 1. nullam omnino culturam aut curam desideret, & Virgilius lib. 2. Georg. vers. 420. seq. de oleis sic scribit:

Contra, non nulla est oleis cultura, neque illa
Procurvam expectant falcem, rastrosque tenaces,
Cum semel hæserunt arvis.

D[illegible] autem locis manifeste [illegible] est, etiam [illegible], [illegible] percepta sive [illegible] aut lecta est, bonae fidei possessori acquiri, [illegible] 13. [illegible] uniuscujusque [illegible] bonae fidei possessoris fieri, traditum est in d. leg. 13. [illegible]. Post eumo omnem dubitationem tollit locus Pauli [illegible] ubi [illegible] *Bona fide emptor* [illegible] tantum est, [illegible] *fructus* [illegible]. Non Glossae ad hunc locum interpretatio & DD. qui eam sequuntur, inter quos ex recentioribus etiam est D. ba-[illegible], inconcinna & violenta est. Hi illa Pauli verba [illegible], ad fructus industriales [illegible], qui alterius quam bonae fidei possessoris opera proveniunt. Sed quis non videt, [illegible] Pauli non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eaque denotari fructus diversae speciei, & quasi [illegible] ab iis, quos dixerat opera possessoris provenire. [illegible] hoc ipsum etiam ratio, quam mox subjicit, quia quod ad fructus attinet, bonae fidei possessor loco domini pene est. [illegible] item est, quod Julian. scribit, bonae fidei possessorem fructus [illegible] percipere, atque eo jure, quod dominis praestatum, [illegible] qui agrum vectigalem habent, tributum est, [illegible] 25. §. 1. de usur. unde satis manifeste apparet, praecipuam [illegible] acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris, sed fructus omnes, qui ex toto nascuntur, etiam [illegible] & [illegible] eo pertinere. [illegible] Et vero si percipiendo sibi acquirit etiam [illegible], in quos neque culturam, neque curam [illegible] impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque [illegible] facit, si non ut nascantur, saltem ut [illegible]? Unus juris locus est, qui Interpp. ad[illegible], [illegible] in hac acquisitione fructus naturales ab industrialibus [illegible], is est Pomponii, *l. fruct. 45. de usur.* Quaerit eo loco de conjuge possidente rem a conjuge donatam: & ait, conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum suos facere, qui ex operis ejus provenerunt: [illegible] bonae fidei possessoris; quia non [illegible] is fructus naturalis. Hic Jurisconsultum satis [illegible] ut fructus naturales ad bonae fidei possessorem non pertinere existimet; quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonae fidei possessoris eum fructum [illegible], sed non cujuslibet, quae enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis [illegible], quae hic est negatio universalis. Igitur in hac enunciatione: *Non omnis* [illegible] *bonae fidei possessor fructus naturales suos facit*, [illegible] satis apparet, Pomponium non [illegible] in proposito omnes b. f. possessores censere, & [illegible] genera talium possessorum facere, unum eorum, [illegible] fructus naturales suos non faciant, alterum, qui faciant. Atque ita est. Non enim omnis bonae fidei possessor fructus naturales percipiendo suos facit, sed is [illegible], ut ante dictum est, qui justo titulo possidet, [illegible] justam [illegible] rem ad se pertinere: qui autem [illegible] titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum [illegible], naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *l. 4. l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* [illegible] acquirit non malae, sed bonae fidei possessor existimari debeat, quicunque dolo caret, etsi in jure erret, *arg. leg. ubi lex 21. l. si fur. 32. §. 1. de usur. leg. sed etsi 25. §.* [illegible] *6. de haer. pet.* [illegible] *bona fide 109. de verb. sign.* Nec sequitur; [illegible] titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor praedii minoris sine decreto alienati possidet, injuste, bona tamen fide possidet, si ignorans rem minoris esse, aut in jure errans eam emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *leg. 2. Cod. si quis ignorans rem min.* Talis etiam est possessor fundi dotalis a marito alienati; item rei [illegible], & qui a [illegible] tutore emit, *leg. 13. §.* [illegible] *de publ. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *arg. l. 24. de usucap.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri, in quantum locupletior factus est: ut possessorem haereditatis, *leg. 25. §.* [illegible] *11. de haer. pet.* item in casu *leg. 8. Cod. de don. int. vir. & uxor.* & denique qui ex ea causa possidet, quae postea ad non causam redacta est, *leg. 3. de cond.* [illegible]. Atque de hoc genere bonae fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & [illegible] similes sunt iis, de quibus illic quaeritur, & in locis caeterorum bonae fidei possessorum jure non censentur: ita ferme & VVesemb. [illegible] Pinel. ad *leg. 2. Cod. de resc. vend. part. 2. cap. 4. num. 50.* [illegible] *1. cent. 57.* Paul. Bul. *ad* [illegible] *l. 45.* Timaeus Fab. [illegible] *14. thes. 5.* Tuld. *cap. 10. hic.* VINN. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita censeo. Bonae fidei possessor est, vel qui credit se dominum esse, vel qui & justam illi credendi causam habet, puta justum titulum. De posterioris generis possessore bonae fidei loquitur Imperator in hoc paragrapho, ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* JUSTA CAUSA *aeque bona fide acceperit.* Et hujusmodi b. f. possessor omnes fructus suos facit. At in hac *leg. 45. ff. de usur.* Pomponius loquitur de marito, cui uxor fundum donaverat. [illegible] in bona fide sensu priore; putabat enim se dominum. At non sensu posteriore; quia nulla praecesserat justa causa. Nam donationes inter virum & uxorem manifesto ex legibus irritae sunt. An itaque & hic omnes fructus suos facit? Minime, sed industriales tantum, non naturales. Illos enim [illegible] potuit uxor, quia non fit pauperior, cum vir fructus suis operis & impensis acquirit. Hos donare non potuit. Jam verba Pomponii [illegible]: *Si* [illegible] *bonae fidei possessoris*, sive justa causa possidentis, & tamen [illegible] dominium, qualis hic maritus est) [illegible] adeoque cum [illegible].

De fructibus autem consumptis [illegible] *non potest.*) Hoc [illegible] & Paul. in *leg. 4. §. 2.* [illegible] fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, [illegible], licet a solo [illegible], bonae fidei possessorem non lucrari, quod & expresse traditum est *leg. certum 22. Cod. de rei vind.* quam ob causam Africanus [illegible] bonae fidei possessorem [illegible], *leg.* [illegible] *48. hoc tit.* & Paul. *leg. 4. §.* [illegible] *19. de usucap.* [illegible]: quia hi soli [illegible]. 9. Dubitandum autem non est, quin ut omnes tam naturales quam industriales

les

les consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes tam industriales quam naturales non consumptos teneatur restituere, *arg. hujus §. & d. l.* Nam quod maritus non restituit fructus industriales, licet adhuc extent in specie, *l. fructus 45. sol. matr.* hanc rationem habet, quod maritus eos permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est quod hactenus probare conati sumus, soli perceptione fructus bonæ fidei possessoris. Et vero falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur *ἀνάλογον*, & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem, unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem, & revocabilem ex causa superveniente, quæ dominii causam tollat; quale jus est mariti in re dotali, quod soluto matrimonio ab eo recedit, & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit, item hæredis in re sub conditione legata, *l. non ideo 66. de rei vind. l. generaliter 29. §. 1. qui a quib. manum.* Et tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat, quamdiu de vero domino non constat: at eo superveniente ac rem suam vindicante, jam causa illa, & simul jus, quod dixi, cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes, qui modo tempore evictionis extant, officio judicis restituere: neque enim sublato jure, quod in solo habebat, possessorem defendere potest, ut fructus retineat, sola ratio culturæ & curæ, sed ad id solum prodesse, ut opposita doli mali exceptione sumtus servet, consequaturque ut dominus aut pretium ejus, quod impensum est, solvat, aut si id nolit, patiatur sumptus suam fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorum retinere, *arg. d. leg. si a domino 50. §. ultim. de hær. pet.* Ipse Paulus non obscure hoc innuit *d. leg. bonæ fidei 48. hoc tit.* illis verbis, *pro cultura & cura*: ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut numquam postea sint restituendi. Neque vero existimandum est, frustra constitutum esse, ut interim bonæ fidei possessor fructus sola perceptione suos faciat: nam & ratio bonæ fidei hoc exigit: nec sine effectu est; prodest enim bonæ fidei possessori ad hoc, ut si fructus ab alio percepti sint & possideantur, eos tamquam suos vindicare possit; tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi; eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi: cujus rei hic iterum effectus, ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Non nihil tamen huic in re nobis negotii facit, quod Cajus respondet *leg. pecudum 28. de usur.* Ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiliter acquiri. Ad hoc igitur quod respondemus? Nimirum eum, qui cum de acquirendo agitur, dicit, bonæ fidei possessorem fructuum, simul ac percepti sint, statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile; neque de eo loqui tantum debuit Cajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est; ideo usucapione demum acquiritur. Sic idem Cajus *l. generaliter 29. §. 1. qui & quib. man.* scribit, servum sub conditione legatum pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constat deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiliter. Illud non minus memorandum est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere, quod dominis prædiorum tributum est, & plus etiam juris quam habet fructuarius, *l. qui scit 25. §. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, sic naturales quidem fructus extantes restitueret, & sequitur expresse Juliano fructus de jure fructus ab initio acquirendi. Ut De consumptis ergo quærendum est, an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur, quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primo textus omnes, qui de consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Imp. in *l. certum 22. C. de rei vind.* ajunt, eum teneri nomine extantium constituit, quasi de consumptis inquirendum non sit. Ad hæc tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, *l. 4. §. 19. de usurp.* at usucaptorum nihil restituitur. Et postremo, quod ante notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos lucrari, *leg. 4. §. 2 fin. reg.* quod utique falsum esset, si eos, quatenus locupletior esset, teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat, quod in judicio petitionis hæreditatis bonæ fidei possessor tenetur in quantum locupletior factus est, *leg. sed et si 25. §. consuluit 13. l. illud 40. §. 1. de hær. pet. l. 1. C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantum in rem est, sed etiam præstationes personales habet, *l. 7. C. de pet. hær. l. 25. §. 18. eod.* atque ac mitius cum possessore agitur in petitione hæreditatis, quam in rei singularis vindicatione, (quippe Senatus ita possideri pro hærede consuluit, ut si quid dilapidaverit, aut perdiderit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim æquum est, ut præstet, si quid lucri ex hæreditate consecutus sit; eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. consuluit.* Ad hæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augent hæreditatem, ut nec ab initio quidquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucretur; unde fit, ut eodem jure quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniat, *l. item veniunt 20. §. 1. l. post senatusconsult. 28. leg. illud 40. §. 1. de hær. pet. l. 1. & l. 2. Cod. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contra succedere, *leg. 1. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio conditionis indebiti soluti, in quam fructus veniant jure obligationis: & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti 15. leg. si non sortem 26. leg. libertus 12. leg. in summa 65. §. penult. de cond. ind.* ita sane Ant. Fab. 4. conj. 17. Diod. Tulden. *hic cap. 44.* Perez *ad tit. Cod. de rei vind. num. 17. & seq.* Quod ad praxim attinet, testis est Pinel. in *leg. 2. Cod. de resc. vend. p. 2. cap. 4. num. 60.* Ita nunc ubique in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum a fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quæratur, locupletior ex iis factus sit, necne. Sed & numquam inquiri de iis qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumpserit, an vero adhuc extent, tantumque servari, formam leg. Certum

rum 22. *Cod. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, & scilicet ut litium ambages vitentur: & placet D. Nic. Tuldeno in *annot. ad prax. rer. civ.* Damhoud. *cap.* 104. *num.* 13. idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. *manud.* 6. cum scribit, bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario, add. Goenevv. *de leg. abrog. ad leg.* 22. *C. de rei vind.*

12) *Ei vero qui alienum sciens*) Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei dumtaxat: nam malæ fidei possessor, ut nullum jus in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit, aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere, ut *hic* & *d. l.* 22. *C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione sumptus a se factos servare poterit, si res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradidimus *sup. ad* §. *ex diverso* 30. & *aliquot seqq. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendorum gratia *l.* 36. *in fin.* & *l. seq. de hær. pet.* Nec illud refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit; Nam & hic ex eo tempore, quo cognovit rem alienam esse, fructus suos facere desinit; *l. qui bona* 23. §. 1. *l. bonæ fidei* 48. §. 1. 1. *hoc tit.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, §. 2. *infr. eod. de off. jud. d. l. certum* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct.* & *lit. exp. l.* 5. §. 2. *fin reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *leg. sed* & *si* 25. §. *si ante* 7. *de hær. pet. l. nemo* 10. *C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus a bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. præterea* 20. *de rei vind. l.* 2. *de usur. l. ædiles* 25. §. *ante pen. de ædil. edict.* In summo possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa restituere debent, *d. l. certum* 22. *C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis condictione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *leg.* 3. *Cod. de cond. ex l.* 4. §. 2. *fin. reg. l.* 4. *C. de crim. expil. hær.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honeste percipi potuerunt: in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat quippe titulus a dolo non excusat; negligentia aut possessoris dolosi domino nocere non debet, quominus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, vid. *l. fructus* 33. *l. si navis* 62. §. 1. *de rei vind. l.* 5. *Cod. eod.* §. 2. *inf. de off. jud. l. ait prætor* 10. §. & *fructus* 20. *quæ in fraud. cred. l.* 4. *Cod. unde vi*, *lig. sed et si* 25. §. 4. *de hær. pet. l.* 1. *C. eod.* Cop. *lib.* 2. *de fruct. tit.* 4. *cap.* Bus. *ad leg.* 20. *de hær. pet.* Tulden. *hic cap.* 53.

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. *Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem fere & e colono dicuntur.*

NOTÆ.

36. *Si ipse perceperit*) Vel alius ejus nomine, *l.* 13. *quib. mod. l. us. am. l.* 25. §. 1. *de usur.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non ante ejus fiunt, quam possessionem eorum nactus sit, *l.* 12. §. *ult. de usur.*

Ad hæredes ejus non pertinent) Hoc consequens est superiori, & aperte traditum in *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo ususfructus stetit.

Eadem fere de colono, vere, *non παρέλκεται*, ut putat Th. Nam hæres coloni in conditionem succedit, §. *ult. inf. de locat. l.* 10. *Cod. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit, *l.* 60. §. 5. *ff. de locat. leg.* 61. §. 8. *ff. de furt.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l.* 26. §. 1. *d. tit.* Nam & fructuarius habet, *l.* 12. §. *ultim. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licet domini non sint, §. 13. *inf. de obl. quæ ex del.* Igitur male Accurs. Mynf. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

COMMENTARIUS.

1. *Fructus, qui sponte deciderunt, aut quos alius suo nomine a re separavit, fructuarii demum fieri, cum possessionem eorum nactus est.*
2. *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non transire, licet majore parte anni ususfructus steterit, & fructuarius maturis jam fructibus decesserit: & cur non idem in fructibus rei dotalis?*
3. *Quid juris circa pensiones, si res fructuaria locata sit?*
4. *In quo colonus & fructuarius discrepent, aut conveniant?*

Disputatio de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis occasionem Justiniano dedit, ut de jure, quod hic fructuarius & colonus habent, obiter aliquid subjiceret. Hi in eo a bonæ fidei possessore differunt, quod fructus percipiunt voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. *de iis autem* 4. *vers. fructuarius per quos pers. cuique ac* §. *possidere* 5. *inf. de interd. l.* 10. *l.* 12. *de ac. poss.* non ut bonæ fidei possessores fructus acquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum dumtaxat facto & perceptione: quamquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non convenit, ut notat D. Cyprian. Regn. *cons. Belg.*

Quam si ipse eos perceperit) Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque a solo, aut re qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cæso, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter quam si ipse eos, vel alius ejus nomine separavit, *leg. si fructuarius* 13. *quib. mod. us. am. l. qui scit* 25. §. 1. *de usur.* (1) Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit: unde si fur maturos fructus decerpserit, aut desecuerit, domino fundi condictione tenetur, ut fructuario, licet

licet is actionem furti habeat, *leg. arboribus 12. §. ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præced.*. Plane in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statim que ut editus est, fructuarii fit, *leg. in pecudum 28 de usur.* quippe frustra expectes, ut separetur, quod invita natura separari non potest, jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licet maturis fructibus, &c.) Hoc item consequens est ei, quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus sint, quam si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, hæredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit, quia morte fructuarii, ut omnia quæ personæ cohærent, extinguitur, §. *pen. inf. usuf. l. 3. §. ult. quib. mod. usufr. am. l. 8. §. 3. de lib. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore qui jus, quod in solo habet, ad hæredem transmittit, *d. l. qui scit 25. §. 1. de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus transeunt, *l. si absente 48. §. 1. de usuf. leg. pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis*. Eadem sententia est *leg. si fructuarius 13. quib. mod. us. amn. l. 8. de ann. leg.* (2) Quamvis igitur maxima parte anni ususfructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conseverit; si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, hæres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius 13.* sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis superest, *leg. 7. solut. matr.* Peck. *lib. 5. de test. conjug. cap. 24. n. ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lucrum fructuarii labore & sumptu partum vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua ususfructus non ceperat, aut postea finitus est. *l. si pendentes 27. de usufr.* nec aliud usus horum temporum servat, contra quem censet D. Cyprian. *ubi supra*. Nam obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes, & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus a marito sint percepti, sive non sint, *l. 7. §. 1. & seq. sol. matr. l. un. §. cumque 9. Cod. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt, quia eos percepit, sed propter onera matrimonii, quæ sustinere cogitur, *l. 7. in pr. de jur. dot. l. pro oneribus 20. C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debet: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore, cujus onera non sustinuit, nihil ferre debet, licet fructus perceperit. D. Paul. Bus. *ad l. 7. §. 1. & seq. seq. sol. matrim.* (3) De pensione rei fructuariæ quæsitum, an si forte ususfructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius hæresve ejus percipere debeat; an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert, utrum res fructuario locata talis sit, unde singulis annis semel fructus nascitur, & percipitur, puta fundus; an talis, cujus fructus non in alio consistit, quam in ejus rei usu, sive commoditate, quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes, quarum fructus in eo est, ut inhabitentur: item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato; si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiam si ususfructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendi debebat, *leg. defuncta 58. de usuf.* In aliis vero rebus a fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interit; non majore ex parte pensio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo ususfructus mansit: quod superest, pertinet ad proprietarium; ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas 26. d. tit.* Cur tam varie? Nimirum quia fructuarius nec minus, nec plus per conductorem consequi debet, quam si ipse re fructuaria usus esset. Igitur sicut fructuarius si fundum non locasset, ipse fructus percepisset, suosque omnes fecisset; ita pro fructibus, quos colonus qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, intera pensio ei debetur, quam & integram ad hæredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex pensione debebitur. Quod si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet hæredibus fructuarii pro rata perceptorum: proprietario pro rata eorum, qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius, quam is usus præcesserit, nec longius is usus præcessisse dici, quam steterit ususfructuarium per inquilinum, quam si ipse re usus esset, quod est absurdum; eleganter D. Don. *comm. 9.* estque hæc communis & usu recepta sententiæ. Vid. Jo. de Castillo *tract. de usufr. 77. & seq.* Diod. Tuld. ad *tit. de usufr. insr. cap. 7.* Paul. ad *dict. l. 58. de usuf.* Christin. *vol. 2. decis. 176. n. 16. & ibi citat.* Grot. *lib. 2. introd. cap. 39. diff.* Cujac. *7. Feud. 30. & lib. 24. obs. 21.*

Eadem fere & de colono dicuntur) Duo de fructuario dicta sunt, cum non aliter dominum fructuum fieri, quam si ipse eos perceperit, non alius, item mortuo fructuario fructus pendentes quantumvis maturos non ad hæredem fructuarii pertinere, sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt, ea fere & de colono dicenda esse. Τὸ *ferre* non παρέλκεται, ut putat Theophilus, sed caute adjectum est, ne quis putet, eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse. (*a*) Nam certe longe alia causa est hæredis coloni, atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur usufructus, ita morte coloni finitur conductio; sed mortuo intra tempora conductionis colono, hæres ejus in eam succedit. §. *ult. inf. de loco. 10. C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum, qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve hæredi fieret, si locator pensionem simul & fructus perciperet: atque hinc etiam est, quod in prædiis rusticis, si tempore non expresso locatio facta sit, in annum facta intelligatur per *l. 13. §. ult. loc.* Si quid igitur hic est, quod tam colono quam de fructuario dici possit, illud sic necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit: sin autem alius suo nomine a terra separaverit, non colono, sed domino fundi acquiruntur, cui etiam ob id soli conditio competat: quod & verum est, aperteque traditum *leg. cum plures 60. §. messem 5. locat.* nec obscure colligitur ex *l. si servus 61. §. locati 8. de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet, *leg. si apes 26. §. 1. dict. tit. de furt.* colonum cum eo, qui fructus stante surripuit, furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *leg. 2. §. ult. de usuf.*

[illegible] quippe furti actio omnibus competit, quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptæ domini non sint, §. furti 13. inst. de obl. quæ ex del. l. cum qui 13. quamvis 14. de furt. Nec alio pertinet ratio Pauli, quam his verbis exprimit, quia ut primum decerptus esset, ejus esse cœpisset, quam ut ostendat, ideo actionem furti colono dari quia ejus interest fructum ab alio decerptum non esse, eo quod coloni esse cœpisset, ut primum ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius, qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono, quam fructus fieri existimat, quocumque modo a solo separati sint: indeque in eumdem errorem Mynf. Schneid. & Pacium in not. marg. sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socii est, l. si merces 25. §. vis major 6. locat. & proinde pro parte sua instar domini, idque innuere videtur Paulus d. l. 26. §. 1. cum dicit colonum, qui nummis colat, quod scilicet colonus partiarius fructibus a fundo detractis aut decerptis non modo actionem furti, ut is qui nummis colit, sed furti etiam conditionem pro parte sua habeat.

T E X T U S.

Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac, pilus, & lana: itaque agni, hœdi, & vituli, & equuli, & suculi, statim naturali jure domini fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est, itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, quum omnes fructus rerum natura gratia hominum comparaverit.*

N O T Æ.

37. *Statim naturali jure*) Cajus; *Statim pleno jure fiunt bonæ fidei possessoris & fructuarii. Pleno jure*, id est, plena & solida proprietate.

Partus in fructu non est) d. l. 28. §. 1. d. l. 68. de usufr. sed in fructu hominis operæ sunt, leg. 3. & 4. de op. serv.

Absurdum videbatur) d. l. 28. §. 28. 8. 1. d. l. 68. eadem quoque veterum sententia fuit, a quibus Auctores [illegible] imbuti, Lucret. Aliam rationem affert Ulp. l. 27. ff. de her. pet. quia ancillæ non ad hoc comparantur, ut pariant, sed ut serviant. Meminit hujus quæstionis Cic. 1. de fin. cap. 6.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Ratio Caji, cur non placeat partum ancillæ in fructu esse, examinata, & concinnior prolata in Ulpiano.*

QUA ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor, tum fructuarius, ostensum est §§. proxime praeced. exemplo fructuum, qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione acquiri jure naturali conveniens est, ideo ne quid hic dubii relinqueretur, Imperator ostendere voluit, quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint, & ait, in pecudum fructu etiam fœtum esse lac, pilum & lanam, itemque etiam agnos, hœdos, vitulos, equulos & suculos statim ut editi sunt, naturali jure fructuarii fieri, addit Cajus, & bonæ fidei possessoris, l. in pecudum 28. de usur. est enim utriusque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint, non definit: sed partum ancillæ negat in fructu esse; & ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet, sicut & Cajus d. l. 28. §. 1. Nimirum uterque hoc significare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum est, ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea dumtaxat esse, quæ ex operis eorum percipiuntur, l. 4. de oper. serv. aut si quid acquirant ex re fructuarii, ejusve qui eos bonæ fidei possidet, §. 4. & seq. inf. per quas pers. cuiq. acq. ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bon. fid. possessori acquiri: partum non acquiri, fructuario numquam; bonæ fidei possessori non aliter, quam si eum usuceperit, d. §. 4. & seq. l. 4. §. si ante 18. de usurp. & usucap.

Absurdum enim videbatur) Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 1. de fin. c. 6. ubi ait, principes civitatis P. Scævolam & M. Manilium existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in l. vetus 68. de usufr. (1) Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Cajus d. l. 28. §. 1. de usur. & Imp. hoc loco, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparavit; quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id quod fruitur: relata hæc sunt: relatorum unum numquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, numquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum, hominem in fructu hominis esse, quam hominem homini servire? Aut cum servo pecudibus Romanæ leges exæquent, l. 2. §. 2. ad l. Aquil. cur cum in fructu pecudum fœtus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla ἀντίθεσις, *Fructus hominis causæ comparati sunt, & homo est in fructu hominis*. Non enim hic idem eidem subjecto attribuit, sed diversis. Quamobrem melior est, & certe huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio sumpta a fine & usu, quia ancillæ ad hoc comparantur, non ut pariant, sed ut serviant, l. ancillarum 27. de her. pet. Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu, ad quem res parata est, vel natura, vel patrisf. instituto, l. 9. §. 5. & seqq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & seq. l. 15. de usufr. Quapropter, etsi nihil interesset, partus in fructu sit, necne: ad proprietarium pertineat an ad fructuarium; uti neque ancillæ, quæ utique servire cogitur: ratio tamen habenda fuit honesti ac decori, cavendumque, ne stupris vilitetur dignitas humana, arg. l. quæsitum 44. de edil edict. Jam vero ancillam fœturæ gratia habere, quin turpe & probrosum sit, nemo negare potest. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: in cæteris enim partibus juris, in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, l. 3. i. 14. de usur. l. Falcidiæ 24. §. 1. ad leg. Falc. l. quæsitum 91. §. ult. de leg. 1.

T E X T U S.

De officio fructuarii.

38. *Sed si gregis usumfructum qui habeat, in quo locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet*

debet (ut & Juliano visum est) in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere & quasi bonus paterfamilias uti debet.

NOTÆ.

38. *Ex fœtu submittere*) Ex fœtura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult.* cum 2. *l. seq. de usufr.* fiuntque capita substituta domini, ea quibus substituuntur, fructuarii, *d. l. 69.* Bald. 16. *t.* 1. *in fin*

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, quæ fructuario incumbunt, unum esse, ut rem fructuariam tueantur, & quid ea initio desideret?*

LOngius a via digreditur Imperator; sequendum tamen, quocumque trahit. Cum fructus omnes, sive ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiantur, fructuarii lucro cedant, æquum est, ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l.* 10. *de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuariam tueatur, *l. usufr.* 44. *de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest: ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterf. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum* 63. *eod. l.* 1. *in fin. l. seqq. usufr. quem cav.* & suo sumptu sarcire ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt a priori integritate: puta si quid reficiendum est, sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere, in summa recte colere, atque ut bonus paterf. uti, *l.* 7. *§.* 1. *&* 3. *l.* 13. *§.* 2. *l. agri* 18. *sicut* 45. *l. sed cum* 65. *l. verus* 68. *in fin. &* 2. *leg. seqq. de usuf. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usumfructum) Ait *gregis*; nam si non gregis aut universitatis usufructus nomine collectivo legatus sit, sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius, *l. quid ergo* 70. *§.* 3. *de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot sunt tunc ususfructus, quot sunt capita fructuaria, quorum uno more, ususfructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum) Ait *demortuorum*. Ulpian. *d. l. vetus* 68. *in fin. de usufr.* hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli, aut prædonum impetu, hos casus fructuarius præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere; *arg. l. arbores* 55. *de usufruct.*

Ex fœtu submittere) Ait *ex fœtu*. Neque enim de suo gregem supplere fructuarius cogitur, sed ex agnatis capitis, hoc est, natis ex eodem grege *d. l. vetus* 68. *in fin. defunct.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sit prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut fœtus perierunt, priusquam submitti possent; nihil supplere debebit fructuarius. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex fœtu submittenda, *l. vel inutilium* 69. *eod.*

Submittere debet) Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel inutilia & vitiosa, fiant fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *dict. leg. vel inutilium* 69. *de usufruct.*

Vinearum demortuarum vel arborum) At hic item *demortuorum*, sicut Paulus *l. agri* 18. *eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *leg. arbores* 59. *eod. tit.* quippe usufructuarius omnia quidem, etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei interna incommoda ac detrimenta sustinet: quæ autem vi contingunt externa, nec a re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus, *l. contractus* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis* 6. *C. de pign. act.* Ulpian. in *leg.* 7. *§. ult. de usufruct.* scribit, fructuarium cogi adserere arbores: quod Græcis est κεντρίζειν, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam fœcundæ calamum immittere, insitionis species pro genere. Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione surculus truncum adoptat, Cujac. 11. *observ.* 37. VINN. Elegans est hæc conjectura Cujacii; sed ex mea sententia non admodum solida. Adserere enim prolem, Papiniano est adoptare, non quia sic adoptans filium quasi inserat familiæ, sed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum adserebat, id est, vindicabat formula illa nota: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse Aio. Est enim mihi emptus hoc ære hac Æneaque libra.* HEIN.

Recte enim colere) Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa ususfructus, omniaque faciat, quæ faceret in re sua, sicut cautione fructuaria continetur, *l.* 1. *§. cavere* 3. *§. usufr. qui cav.*

TEXTUS.

De inventione Thesauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, D. Hadrianus naturalem æquitatem sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit, dimidium domino soli concessit, & dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Cæsaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Cæsaris statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso*) Utroque scil. privato, nam & sacra quædam privata, *l.* 6. *§.* 1. *ff. de leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis; ita cape *l.* 3. *§. pen. ff. de jur. fisc.*

Sed fortuito) Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sine permissu domini merito vetitum, *d. leg. un. Cod. de thesaur.* add. *leg.* 63. *§. pen. & ult. hoc tit.*

Dimidium fisci) De variis moribus legibusque circa thesauros, vide eruditissimum Grot. *de jur. bell.* 8. Peregr. 4. *de jur. fisc. cap.* 2.

COMMENTARIUS.

1. *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas: tum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & varie nummis.*
2. *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hæc acquisitio?*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usumfructum habet: secus si ius emphyteusios aut feudi.*
4. *Si ... nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto D. Hadrianus constituit.*
5. *Cur cæteræ res hujus generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant; thesaurus non item? & num. 9.*
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori ut res cæteræ, quæ nullius sunt?*
7. *Distinctio rerum Cæsaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa iuris de thesauris constituti; & quid moribus hodiernis obtineat?*

PArtes propositæ tractationis, quæ a Justiniano passim sparsæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse, ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem supra diximus in explicatione §. *singul.* 11. *eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quæratur superest: ad factum & occupationem nostram pertinent inventio thesauri, apprehensio rerum, quæ a dominis vel traduntur, vel pro derelictis habentur: in quibus porro explicandis hic titulus consumitur.

Thesauros 1 Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Persis *Gaza*, nimirum quælibet divitiæ quas in usum futurum asservavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur etiam apud nostros, ut in *l. item Labeo* 22. *fam. erc. l. thesaur.* 15. *exhib. l. pereg.* 44. *de acq. poss.* de tali quoque thesauro accipienda *l.* 3. §. *Neratiu* 3. *d. t. de acq. poss.* ut recte existimat Gothofredus, injuria notatus a Bachov. vid. Duar. ad *d.* §. *Neratius* 3. 3 Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesaurus appellatur. Plutarch. in *Solon.* ... Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. cap.* 5. memoriam dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim Con. 3. *c. m.* 4. & Don. 4. *c. m.* 14. thesaurum inde dici putent, quod εἰς αὔριον, in crastinum sit repositus, ut sit θέσις εἰς αὔριον, proprius tamen vero est, vocem esse conjunctam ἐκ θέσεως καὶ αὔρου, ut sit Conditorium pecuniæ. 2 Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, ... dicebatur, teste Hesychio. Cæterum in quæstione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, JCti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc cum reperitur, a quo condita aut cujus sit, ignoratur, *l. nunquam* 31. §. 1. *h. t. l. unic. C. de thes. lib.* 10. *l. a tutore* 6. *de re ...* Convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui non modo acquiratur, quam qui dominum non habet, nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus definitore Paulo in *d. l.* 31. est vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cujus descriptioni similis est illa Leonis in *d. leg. unic.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia; & Cassiodori *lib.* 6. *var. cap.* 8. definientis depositivam pecuniam, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Atque hinc jam etiam liquet, thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius: quamquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur, quod in cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res quovis loco occupatæ totæ sunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ, quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam varie placitum intelligetur non ita multo post.

Quos quis in suo loco invenerit. Sive data opera quæsitos, sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas & ubique excipi oportet, *d. l. unica Cod. de thes.* Ait *in loco suo.* Proprium loco accipere debemus etiam eum, in quo alium usumfructum habet, *arg. pr. inst. de hær. inst.* 3 Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo invenisse intelligi debet, & totum sibi quæsisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *leg. si quis* 63. *hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus a marito in prædio dotali inventus, pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *leg.* 7. §. *si fundum* 12. *solut. matr.* Moller. 4. *semestr.* 17. Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphiteutam pertinet plenissima rei utilitas, & pari jure quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominium utile in rem actionem habet, *leg. sciendum* 15. §. 1. *qui satisd. l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l. quis sit* 25. §. 1. *in fin. de usur.* Longe igitur distat emphiteuta a fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est, quod fructuarius in edicto, *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur: emphyteuta contra, *d. l.* 15. §. 2. *qui satisd. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, l. 12. *de usufr.* Si quid servo, in quo quis ususfructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario, sed domino proprietatis acquiritur, §. 4. *inst. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusim sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli recte vindicet, eademque plane ratio est Vassali, qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. ut re lo fac. l.* 2. *feud.* Mynf. Schneid. VVes. post Gloss. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgun. *ad cons. Flandr. tr.* 12. Christ. *vol.* 6. *dec.* 21. *n.* 19. & *seq.*

Hadrianus naturalem æquitatem secutus. Hoc est secutus regulam juris naturæ sive gentium de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, §. *feræ* 12. *sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt: æquum esse censuit Hadrianus etiam in

in thesauro occupato regulam istam servari, & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum a majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso) Quod hic Hadrianum constituisse refert Justinianus, id a Fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant Accurs. Ang. Porc. Fab. Sceid. *hic* Duar. *de acq. rer. dom. cap.* 4. Don. 4. *com.* 4. Sic enim scribit Callistrat. *l.* 3. §. *penult. de jur. fisc. Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve, aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur*. Quam sententiam veram quidem esse fatetur Covar. in c. *peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 3. *relect.* §. 2. *n.* 3. (4) sed ille constitutionem Divorum Fratrum a Justiniano iterum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverit edicto Divi Hadriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam si edictum Hadriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset, utique non quid ille, sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosove inventis constituissent, Justinianus commemorasset: & cum simpliciter referat edictum Hadriani, non facta mentione rescripti Fratrum Imperatorum, vix est, ut dici possit, hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse. Arbitror, commoda explicatione, *d. l.* 3. §. *pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Ant. Matth. Constituit Hadrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo: addidit, idem esse, etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit; nimirum ejus itidem esse, cujus est fundus, in quo loca ista sunt, perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius vere in bonis sint: ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. leg.* 5. *& seqq. de relig. leg. sacrilegi* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. leg. in modicis* 23. *de contr. empt.* Neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid Divi Fratres in *d. l.* 3. §. *pen. de iure fisci*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti, pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Imp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum forte pervenerunt, juxta *l.* 6. *eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fiscum volunt, quo utitur in rebus publicis juris profani, aut quo utuntur privati in loco suo, sive profano, sive religioso. Et vero ob loci religionem aut sanctitatem nihil novi juris hic constitutum fuisse argumento est, quod Leo Imp. in *d. l. un. C. de Thes.* simpliciter distinguit, an quis in suo loco repererit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat. Idque ex Ælio Spartiano *in Hadr. c.* 18. etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Hadrianum de Thesauris ita cavisse, *ut si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno, dimidium domino daret, si quis in publico, cum fisco æqualiter partiretur*. Nulla igitur est pugna inter *d. l.* 3. §. *penult.* & hunc §. nostrum, quem de loco religioso privato accipi oportet; suadente id ipsum quoque rerum in ea conjunctione & discretione: manifesteque labitur Bachovius, qui ob conjunctionem loci religiosi & sacri negat hanc interpretationem admitti posse, eo quod nulla loca aut ædes sacræ privatæ dici possint; hoc enim falsum esse, & sacella privata propriasque suas ædiculas veteres habuisse, vel unus Paulus cum docere poterat in *l. sacrilegi* 9. §. *t.l. ad Jul. pec.* ita propemodum & Conn. 3. *Com.* 4. Charond. 1. *verisim.* 11. Robert. *rec. lect.* 5. Cantiuncl. & Vesemb. *h. t.* VINN. Addendus his omnino Jac. Gothofr. *ad l.* 2. *C. Theod. de thesaur.* Ubi tota hujus legislationis historia erudite exponitur. HEIN.

Fortuito casu) Thesaurus, quem inveni in loco meo, sive fortuitum sive quæsitum, meus est: sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortuna quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio; quod procul dubio ideo placuit; ne detur occasio violandorum sepulcrorum & aperiendi urnas defunctorum, si etiam studiose quæsitum inventumque suum quisque faciat, sibique habeat.

(5 *At si quis in alieno*) Ceteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiamsi data opera in alieno quæsitæ sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem sit inventoris, sed totus domino reddi jubetur; *d. l. un. c. de thes.* Ratio diversi juris hæc est; quod qui feram in alieno capit, aut rem puta pro derelicto habitam tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet, ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliqua autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes merito vetitum, & pœna, non præmio dignum, *d. l. un. l.* 2. *C. Theod. de thes.*

Dimidium domino soli) Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit, pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino soli, *l. si is* 63. §. *pen. & ult. h. t. d. l. un. C. de thes.* (6) Cur vero, inquis, non totus cedit inventori, sicuti cæteræ ejusdem generis rei occupantis totæ fiunt loco quocumque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelictis habitæ, gemmæ & lapilli inventi in litoribus? Nimirum quia illæ feræ nullius sunt; thesaurus non est: quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat, tantum ideo nullius esse dicitur, quia cujus sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem primo domino succedentem: apud nos tamen non habet, quia a nobis dominus ignoratur: ob quam incertitudinem itum est ad hanc partitionem, ut pars una inventori, pars altera domino loci adjudicaretur. Tametsi enim pro inventore dici poterat, thesaurum ut rem nullius totum ei, qui invenit, tribui oportere, propterea quod de his, quæ non apparent, perinde judicandum sit, quasi non essent, *l. in l.* 77. *de contr. empt.* dominum tamen loci & sua & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicans dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod a majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauro condi. Ad hæc fundi, in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob causam cum Imp. Gratianus, Valentinian. & Theod. partem quartam duntaxat domino loci assignassent, *l.* 2. *C. Th. de thes.* merito Imp. Leo, abrogata eorum

rum constitutione, ad æqualitatem petitionis & veterum constitutionum neminem rem revocavit. VINN. Videtur ratio hujus divisionis inde repetenda, quod veteres disputarent, accessionisne jure an inventionis vel occupationis acquiratur thesaurus. Prius placuit illis, quos hic sequitur Imperator posterius Paulo *l.* 3. §. 1. *ff. de acq. rer. dom.* Qui prius admittebant principium, totum thesaurum vindicabant domino fundi: qui posterius, inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit, jure accessionis, dimidium inventori, jure occupationis rei pro derelicta habitæ. HEIN.

7 *L. Cæsaris &c.*) Distinguit Imp. loca Cæsaris a locis fiscalibus, & hæc a publicis, publica a locis civitatis. Res Cæsaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fisci sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissa, bona caduca, quæ quidem & ipsa quasi propria & privata sunt Principis, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. publ.* sed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti areæ, insulæ, agri, viæ, itineraque publica, *d. l.* 2. §. 3. Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt. §. *universit.* 6. *sup. eod.* Quæ a publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civitatis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l.* 5. *de verb. sign.* Spartianus *in Hadr. c.* 18. omnia ista loca designavit uno verbo Publici. Hæc obiter in Præsentia, subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimen exquiremus. §. *ultim. inf. de usuc.*

8 *Dimidium fisci vel civitatis*) Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem duntaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet. Et quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperiri inventoris fieri; quam si fortuito & aliud agens invenerit, alioqui totum restituendum esse ei, cujus est locus; hoc non minus obtinere debet in locis publicis, ut in his etiam consulta opera quæsita & inventus similiter totus pertinet ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est publica loca effodere & scrutari, quam privata aliena, facit constitutio Friderici *lib. 2. Feud. t. 56. quæ sint regal. in fi.* Quod si inventor partem thesauri ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere. Deferre autem se nemo cogitur, si pars fisco non debeatur, *l.* 3. §. *ult. de jur. fisc.*

Summa juris de thesauris edicto D. Hadr. constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum, sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera, cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset, is totum hunc domino loci, sive ad cujus curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore recessum esset, ut constat ex tit. *Cod. Theod. de thes.* restitutum illud est a Leone Nepote, *l. ult. C. Justin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum a Leone Philosopho *Nov. Leon.* 51. a Friderico nihil mutatum, *tit. quæ sint reg.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα, Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocunque in loco reperti fuerint: estque id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste De Grot. 2. *de jur. bell. c.* 8. *n.* 7. add. Peregr. *l.* 4. *de jur. fisc. c.* 2. Covar. *in relect. c. peccatum de reg. jur. in 6. par.* 3. §. 2. Lebret. *lib.* 3. *de la souveraineté, c.* 6. Cristin. *vol.* 1. *dec.* 16. Theodoricus quoque Rex thesauros quocumque loco repertos publico vindicari jussit: *Sine damno enim*, inquit, *inventa perdit qui propria non amittit*: Cassiod. 4. *var.* 34. & 68. Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur: nam patronos quidem fisci contendere, thesauros quocumque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus, cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani: propterea quod neque quicquam de eo cautum reperiatur legibus propriis; neque doceri possit, Romani Juris vigorem apud nos desuetudine usuque contrario enervatum, Grot. 1. *manud. ad jurispr. Bat. cap.*4. Itaque in hoc dubio contra fiscum facile responderim, *arg. l. non puto* 10. *de jur. fisc.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

De traditione. 1. Regula, ejusque ratio.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, & a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis sunt; inter quæ, nec non & Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia: sed si quidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur*

N O T Æ.

40. *Per traditionem*) Ex Cajo *l.* 9. §. 3. *h. t.* Sola autem conventione dominium non transfertur, veluti si inter nos convenerit, ut mea res esset tua, licet ex justa causa, puta, quia eam tibi vendidi, *l.* 20. *C. de pact.*

Nostra constitutione) *d. l. un. Cod. de usuc. transfer.* ubi tollitur vetus rerum & dominiorum distinctio. Etsi autem Provinciales pleno jure domini non erant, habebant tamen jus aliquod dominio proximum, prædiaque sua alienare poterant, & hæredibus relinquere, & servitutem his imponere, *l.* 3. *Cod. de servit.*

Ex causa) Nunquam enim nuda traditio dominium transfert: sed ita, si venditio aut alia justa causa, id est, titulus ad dominium transferendum habilis præcesserit, *l.* 31. *h. tit.* saltem opinione tradentis.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri; & quam rationem hoc habeat?*
2 *An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio?*
3 *Responsum Tryphonini sub tit. de j. dot. expositum.*
4 *Traditione non transferri dominium, nisi justa causa saltem opinione tradentis præcesserit, propter quam traditio sequatur.*

5 *An*

5 *An & quando diſſenſio in cauſis tradendi & accipiendi impediat dominii translationem?*
6 *De veteri diſcrimine dominiorum nonnulla.*
7 *Quale jus olim poſſeſſores prædiorum provincialium habuerint?*
8 *Stipendium & tributum univoce dici.*
9 *Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii ſive tributarii appellati?*

HÆc quoque acquiſitionis ſpecies ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus ſolum factum tradentis, ſed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehenſionem: quippe ſine qua traditio non perficitur, hoc eſt, dominium non transfertur aut acquiritur, *l. in omnib. 55. de obl. & act.* Differt autem hic modus acquirendi a ſuperioribus ejuſdem generis, quod earum rerum, quæ nullius ſunt, acquirendarum ratio præter apprehenſionem nihil deſiderat, quia occupantur ſine cujuſquam injuria, quæ ex hoſtibus capiuntur, invitis dominis ad nos tranſeunt jure belli: in ſpecie autem propoſita non ſatis eſt nanciſcendi dominii cauſa rem apprehendiſſe, niſi & voluntate domini in hoc tradita ſit; quod omnino hic exigit ratio juris gentium, *d. l. in omnibus 55. l. 2. de his qui ſui vel al. jur. l. id quod noſtrum 11. de reg. jur.* Et quia nemo eo animo eſt; ut velit rem ſuam in alium transferre ſine cauſa, inde eſt, quod cum in cæteris omnibus juris gentium acquiſitionibus modus acquirendi idem ſit & cauſa ſive titulus, (verbi cauſa occupatio feræ beſtiæ eſt & modus acquirendi & titulus) ea in hac ſpecie perpetuo diſtinguantur. Modus acquirendi eſt traditio, vel potius rei traditæ acceptio & apprehenſio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, cæteræque cauſæ, ex quibus res a domino tradita dominium in accipientem tranſit, ſin minus jus uſucapiendi, *l. nunquam 31. hoc tit. l. 1. & ſeqq. de Publ. in rem act.*

Per traditionem) Traditio vel vera eſt, quæ naturalis datio appellatur, *l. non ſtatim 8. de pecul.* & in re mobili eſt de manu in manum translatio, in re ſoli in poſſeſſionem inductio; vel ficta, quæ commoditatis cauſa fit, vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota ſive ſymbolo, quod veram traditionem repræſentet. Non minus vero ficta & ſymbolica traditione dominium in accipientem tranſit, quam vera & naturali, *§. interdum 43. & ſeq. in eod.* (1) At citra ullam traditionem nudis & ſolis pactis dominium non transfertur, etiamſi id agatur in negotio gerendo, ut tranſeat: verbi cauſa, placuit inter nos, ut mea res eſſet tua; licet id placuerit ex juſta cauſa, puta quia eam tibi vendidi, non ante tamen tua erit, quam a me tibi tradita ſit. Vid. *l. traditionibus 20. C. de pact. l. ſi ager 50. de rei vind. l. quoties l. pen. C. eod. l. 6. C. de her. vel act. vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet ſufficere nudam convenientium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto ſuo rem (ſive ea nullius ſit, ſive alterius) acquirit, niſi cujus poteſtati & manui ſubjecta ſit: quod ita quiſque conſequitur, ſi eam apprehenderit, ſi poſſeſſionem ejus nanciſcatur, *arg. l. 1. de acq. poſſ.* Non aliter autem poſſeſſio rei alienæ apprehendi, & per eam poteſtati noſtræ res ſubjici poteſt, quam ſi dominus eam tradiderit, in cujus tamdiu poteſtate eſt & manet. Diſſ. tamen D. Grot. *2. de jur. bell. c. 6. & 8.* contendens, ex ratione juris naturæ ſeu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri, quam ſolam voluntatem domini rem ſuam alteri in hoc addicentis: jure autem & ratione civili inſtitutum eſſe, ſecuritatis dominorum cauſa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium a priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam & poſſidendam tradiderit; quod quia a multis gentibus receptum, jus gentium improprie dicatur. Sed poſito eo, quod diximus, & quæ veterum ſane omnium ſententia fuit, traditione, non nuda conventione dominium jure naturali ſive gentium acquiri, quæſitum porro ab Interp. eſt, an in propoſito ad dominium transferendum ſufficiat rem qualiter tradidiſſe, dum ea tradita ſit vacua ab omni detentore, qui apprehenſionem impediat; an vero ad eam rem neceſſe ſit tradere rei vacuam & plenam poſſeſſionem? Breviter: An res ab alio poſſeſſa ita alicui tradi poſſit, ut dominium in eum tranſeat. Finge ita. Fundum tibi vendidi, qui ab alio bona fide poſſidebatur, & dum forte poſſeſſor peregre abeſt, eum tibi tradidi dominii transferendi cauſa; tu in eum ingreſſus es eo animo, ut capias quod traditur, & dominus has. Quæritur, an quia vacua poſſeſſio tradita non eſt, ac ne poſſeſſio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur? Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, Placent. Joan. Azon. Accurſ. Odofred. Bart. Bald. quos ſequitur D. Don. *5. comment. 5.* acquiri; neque alienam abſentis poſſeſſionem obſtare domino, quominus ille rem ſuam transferat in eum, cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat ſine cujuſquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maxime illa ipſa ratione, qua illi utuntur ad probandam neceſſitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquiſitionem & translationem dominii neceſſariam eſſe traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod facto noſtro acquiritur, prius poteſtati noſtræ ſubjiciatur. At vero res poteſtati noſtræ ſubjecta dici non poteſt, cujus plenam poſſeſſionem, eamque quæ avelli non poſſit, nacti non ſumus, *l. non videtur 22. de acquir. poſſ. l. 4. §. item in poteſtatem 12. de uſu l. 13. §. 2. de verb. ſignif.* Neque poteſt in nos transferri poſſeſſio juſta ejus rei, quam alius poſſidet, quamdiu poſſidet; & vel animo retinet poſſeſſionem, *l. 3. §. ex contrario 5. & 7. l. 6. §. ultim. de acquir. poſſ.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus ſit, & actus idem traditionis qua transfertur dominium & præſtatur cauſa uſucapionis, *arg. l. 11. §. 1. de act. empt. l. fundum 46. §. 1. de evict. §. pen. infr. per quas perſ.* non magis convenit, re a domino tradita dominium transferri ſine translatione poſſeſſionis, quam re tradita a non domino jus uſucapiendi. Ad hæc ſi dominium nobis acquiri poteſt directo ſine poſſeſſione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim intereſt, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Plane nihil, *l. reſtituta 37. ad SC. Treb.* At certum eſt, per procuratorem dominium nobis non acquiri niſi per conſequentiam poſſeſſionis per eum nobis adeptæ, *leg. traditio 20. §. ultim. hoc tit. d. §. pen. inſ. per quas perſ. l. 1. & l. 8. Cod. de acquir. poſſ.* Quin etiam ipſa traditio non propter ſe, ſed propter poſſeſſionem videtur requiri, cum ubi ſine traditione poſſeſſio obtineri poteſt, traditio non deſideretur, *l. 9. §. interdum 5. inf. eod.* His accedit & veterum manifeſta auctoritas, quibus tradere (cum de transferendo dominio quæritur) nihil aliud eſt, quam poteſtatem facere rei habendæ & poſſidendæ; traditio nihil aliud eſt, quam poſſeſ-

ſio-

ſionis datio atque translatio, *leg.* 3. §. 1. *de act. empt.* Hinc illa re tradita, poſſeſſionem amitti, *l. ſi ager* 50. *de rei vind.* retenta poſſeſſione, nihil traditum intelligi, *l. rem.* 16. *de rei & comm. rei vind.* Huc denique pertinent textus *l. cum rei* 12. *Cod. de prob. l. qui pretium* 13. *C. de diſtr. pign.* & maxime *leg.* 8. *C. de act. empt.* item *l. hoc jure* 47. *de rei vind.* quo loco diſerte ſcribit Paulus, non aliter dominium rei abſentis nobis acquiri, quam ſi poſſeſſionem ejus nacti ſumus ex voluntate domini, etenim, inquies, nihil commune habet poſſeſſio cum dominio, *l.* 12. §. 1. *de acq. poſſ.* Quid tum poſtea? nam nec titulus ſive cauſa, nec nuda apprehenſio & detentio habet: quæ tamen illi ipſi in propoſito requirunt, qui hoc objiciunt. Separata quoque eſt cauſa poſſeſſionis & uſucapionis, *l.* 2. §. 1. *pro empt.* nemo tamen inde colligit, uſucapionem ſine poſſeſſione procedere. Nihil ad rem facit, quod dominium retineri poteſt ſine poſſeſſione. Non enim tam facile quid acquiritur, quam quæſitum retinetur. Poſſeſſio non acquiritur niſi animo & corpore, animo retinetur ſolo, *l.* 3. §. 1. *&* §. *ſaltus* 12. *l.* 6. *in fin. de acquir. poſſeſſ.* Feræ beſtiæ non aliter noſtræ fiunt, quam ſi eas ceperimus. manent noſtræ ſemel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum ſpe recuperandi eas perſequimur, §. *feræ* 12. *ſupra eod.* Unus locus eſt, quo præcipue moventur qui dominium etiam ſine poſſeſſione acquiri poſſe contendunt, *l. ſi fundum* 16. *de fund. dot.* Ajunt in eo reſponſo mulierem a Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius poſſidebat, & prope jam uſuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundum dotale fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet; maritoque acquireretur vindicatio: quæ omnia arguunt, dominium iſtius fundi marito quæſitum fuiſſe, per *l. in rem* 31. *de rei vind.* junct. *l. dot.* 13. §. 2. *de fund. dot.* cui tamen poſſeſſio acquiri non potuit, cum alius fundum poſſideret. Unde porro effici putatur, fundi iſtius dominium ſimplici traditione ac nudo, puroque corporis contactu in maritum translatum fuiſſe. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex iſto reſponſo neceſſario ſequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur quæ non protinus tradita ſunt, dari tantum deſtinata, *l. ſi rem* 14. *& l. ſeq. de jur. dot.* & cur prædium dotale conſtitui minus recte dicatur, quod mulier inſtrumento dotali profitetur ſe in dotem dare, quam uſusfructus & jura prædiorum conſtitui dicuntur pactionibus & ſtipulationibus, §. 1. *inf. de uſu* §. *ultim. ſupr. de ſerv. præd.* Sed & jus vindicandi marito competere poteſt, nondum translato rei in dotem datæ dominio, ceſſione videlicet actionis, *arg. l. ultim. Cod. hær. vend.* quam in ſpecie a Tryphonino propoſita intervenille ſine actione in ipſam rem datam omnino credibile eſt, cum ipſam in dotem tradere, quam alter poſſidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel uſucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maxime ad fundum jam traditum & marito acquiſitum; quippe qui proprie dotalis eſt, *arg. l. dotale* 15. §. 2. *de fund. dot.* & dotalis conſtituitur, non qualiquali traditione, ſed ea, quæ poſſeſſionem transferat, *leg.* 5. *in fin. ſol. matrim.* Cæterum, ut Tryphoninus ſignificat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, ſed doti tantum deſtinatum, aut inſtrumento promiſſum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quod qui actionem ad rem vindicandam habet, prope abeſt ab eo, qui habet rem ipſam, *leg. qui action. de reg. jur.* Juvat hanc interpretationem locus ipſe, in quo cum nulla fiat mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum a Titio petere debuiſſe: argumento eſt Titium ipſum fuiſſe & manſiſſe in poſſeſſione, nihil marito ne corporaliter quidem creditum & tenendum datum. Plane ſufficit tradentem vere poſſidere, licet alius in poſſeſſione ſit, hoc eſt, rem detineat; nam jus detentionis non impedire, quominus ſimplici traditione poſſeſſio & per eam dominium transferatur, oſtendit, *l.* 14. *& tot. tit. quæ in fraud. cred.* Nec obſtat, quod dicitur *in l.* 2. §. 1. *de act. empt.* vacuam poſſeſſionem emptori traditam non intelligi, ſi creditores bona poſſideant. Hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum, ut res præſtetur vacua ab omni vero poſſeſſore, ſed etiam ab alio omni, qui jus aliud vel detentionem habeat, cujuſmodi habent creditores, qui morante porro debitore, etiam ſecundum decretum petere & impetrare poſſunt. Illud meminiſſe oportet, diſputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium, nam qui jure civili multis ex cauſis ſine poſſeſſione acquiratur, veluti aditione hæreditatis, agnitione bonorum, poſſeſſione legati, fideicommiſſi, dubium non eſt. Utilitatis quoque cauſa jure ſingulari in quibuſdam cauſis receptum, ut cui poſſeſſio non acquiritur, aut acquiri non poteſt, ei ſimplici apprehenſione acquiratur dominium, eo qui tradit amittente poſſeſſionem, vid. *l. acquiruntur* 10. §. 4. *l. liber* 19. junct. *l. homo* 54. *hoc tit. l. etiam inviti* 32. *eod.* junct. *l. peregre* 44. §. 1. *de acquir. poſſ. l.* 3. *de donat.* add. Conn. *lib.* 1. *diſput.* 8. Hotom. *illuſtr. illuſtr. quæſtion.* 11. Bronch. 3. *aſſum.* 81.

Voluntatem domini) Eſt enim ſuæ quiſque rei moderator & arbiter, *leg. in re mandata* 21. *Cod. mand.* Cæterum ut quis velle rem ſuam transferre intelligatur, duo hæc concurrere debent, ut ſciat rem ſuam eſſe, quam transferre cogitat; ut juſtam cauſam habeat, cur velit, puta quia vendidit, dare promiſit, &c. Illud, quia nemo, qui errans in dominio rei ſuæ, ſuam eſſe ignorans eam pro aliena tradit: hoc animo eſt, ut eam transferat, *leg. ſi procuratore* 34. *hoc tit. arg. leg.* 15. *de juriſ.* Ajo, *in dominio rei ſuæ*: nam ſi quis non erret in re ſua, non in ea, de qua transferendo agitur, ſed in re alia, puta in cauſa debendi, hic error alienationi non obſtat: ideo indebiti per errorem ſoluti nulla vindicatio eſt. (4) Hoc, quia nemo rem ſuam alicui tradit transferendi gratia, niſi cauſam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli: *Numquam nuda traditio transfert dominium, ſed ita ſi venditio aut alia juſta cauſa præceſſerit, propter quam traditio ſecuta ſit*, *l. numquam* 31. *hoc tit.* Non dicat quiſquam, id requiri ſuperflue, cum ſi nulla cauſa adſit; præſumi debeat donatio, *arg. l. Campanus* 47. *de oper. lib.* Quoniam hoc tunc ſolum locum habet, cum res conſulto data eſt, *l. cujus per errorem* 53. *de reg. jur.* Illud non refert, an revera præceſſerit cauſa, an opinione tradentis, ut patet in ſolutione indebiti. Sed quæſtionis eſt, ſi ego ex una cauſa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in cauſis tradendi & accipiendi diſſenſio impediat dominii translationem. (5) Et ſi quidem in tradente nulla ſit cauſa dominii transferendi, vel in capiente nulla nanciſcendi: ut ſi ego deponam apud te pecuniam, tu quaſi mutuam aut donatam accipias, aut e converſo, ſi ego tibi dem pecuniam quaſi mutuam, tu quaſi commodatam accipias oſtentandi cauſa, certum eſt, dominium non transferri, *l. ſi ego* 18. §. 1. *de reb. cred.* Non enim hic

hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnib. 55. de obl. & act.* At si utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tamquam a me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias, vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam; hic quia ex utraque causa id pariter agitur ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse: idque & Julianus generaliter probat, *l. cum corpus 39. h. tit.* Videtur autem a Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accipis, *dict. l. si ego 18. pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem, sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuam esse. Nec hoc quidem negaverit Julianus, quia mutuo data non est. Sed quod addit postea, *magisque nummos accipientis non fieri*; in eo dixeris eum dissidere a Juliano, qui generaliter definit, dissensum in causis transferendi non obstare translationi, cum in corpus quod traditur, consentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *dict. leg. cum in corpus 36.* quod proponitur ab Ulp. *dict. leg. si ego 18. de reb. cred.* D. Contius *1. disput. 9.* & Bachov. *in Treutl. disput. de mutuo, thesaur. 4.* negant hoc dissidium componi posse: & sane ferri non potest, quod Alciatus *5. parerg. 15.* Pac. *3. quaest. 67.* Gilb. Reg. *2. enant. ult.* putant, diversas esse horum locorum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum & manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert Connan. *3. com. 7.* & Don. *4. com. 18. & ad d. l. si ego 18. de reb. cr.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem. Posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis. Posse etiam sic, ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione scil. acquisitionis rei donatæ, *arg. l. aliud est capere 71. de verb. sign. leg. cum quis 38. §. 3. de solut.* fiant tamen eo affectu, ut etiamsi adhuc extent, vindicari nequeant consumpti, nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperis*; quippe qui donatum sibi tamquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantundem, tamquam ex causa donationis. Fusius hæc ex-quor *l. 2. sol. qu. c. 35.*

Cujuscumque generis sit) Modo ne talis, cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis: aut ne causa ex qua traditur jure improbata; ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem, *cujuscumque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri: sed etiam res mancipi, cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo, servi, & quadrupedes, quæ dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate. Vid. Ulpian. *tit. 19. in fragm.* Revard. *ad leg. 12. tab. cap. 16.*

Corporales res) Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, *l. 3. §. si iter 2. de act. empt. l. servus 43. §. 1. h. t.* uti nec possessionem *l. 4. §. si viam 27. de usurp. & usuc.* Sed est in his, quod vice traditionis fungatur, patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius, cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de serv. l. 3. in pr. de usuf. d. l. 3. si iter de act. empt. l. 2. §. ult. de præc.*

A domino) Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrum ipse dominus rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta, aut creditor, §. *nihil autem 42. inf. eod. §. 1. inf. quib. al. lic.* aut etiam alii qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l. bonæ fidei 109. de verb. sign. l. non omni 16. & l. lex 22. Cod. de adm. tut.*

Tradita alienatur) Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, *l. un. Cod. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera, naturale unum, quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. (6) Si, verbi causa, civis Romanus a cive Romano servum emisset, isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure, neque ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris erat, ex jure vero Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris, quamdiu mancipatus, in jure cessus, aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat, qui vindicabat hac vulgata formula, *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, *l. 1. de rei vind.* Hinc, & illa judicii dati formula apud Cic. *4. in Verr. Cap. 12. Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse.* Videsis, Theoph. *tit. de libert.* Ulp. *d. tit. 19.* Brisson. *4. antiq. 23.* Ræveard. *dict. c. 16.* Erat autem ejus, qui in bonis habebat, causa potior, quam domini ex jure Quiritario: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus causis acquirebat ei, cujus in bonis erat, Ulp. *d. t. 19. pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, *d. leg. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur) Dixit, res omnes, cujuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi quam nec mancipi. Hinc infert etiam, eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur, Ulp. *d. t. §. 6.* Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse, *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur*. Verum alio respicere Imperatorem, ex sequentibus apparet, ad exæquationem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usuc.* (7) Olim agri & prædia in Provinciis non erant pleno jure possessorum, sed usu & fructu duntaxat: summo autem jure propria erant populi Romani, quippe quæ prædia cum primum jure belli una cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, sæpe provincialibus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argentum retentæ proprietatis aut summi juris. Unde est, quod prædia ista a possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio usucapi, sed longi duntaxat temporis possessione illud quod dixi jus in iis acquiri: de quo uberius *titulum 6.* Poterat & nuda traditione jus idem in quosvis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de-

hisce

hic prædiis ait, eodem illa modo alienari, sic accipiendum est, alienari plene & perfecte, simpliciterque traditione transferri in accipientem verum & justum dominium. Idem nimirum, quod nunc quisque dominus in re sua qualicunque habet, sublata rerum & dominiorum [illegible] ... *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. & d. l. un. C. de usucap. transf.* Atque hinc patet constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *leg. in orb. 17. de stat. hom.* effectum non esse ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit, voluitque, eodem jure prædia omnia censeri, *d. l. un. C. de usuc. transf. & hoc text.* Omnino aldo jus illud vetus provincialium possessorum non [illegible] jus personale, quale est [illegible] sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum, & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & [illegible] suis hæredibus relinquere, & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *d. t. 19. §. 8.* [illegible] & servitutem his imponere poterant, *l. 5. C. d. de serv.*

Sunt autem stipendiaria & tributaria prædia, quæ in Provinciis) Non sic hic [illegible], prædia omnia, quæ in provinciis erant, [illegible]. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jus habuisse [illegible] Italiæ & hinc eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *l. g. t. l. gen. l. ult. ff. de cens.* Cic. 3. *in Verr.* Plin. *l. 3. nat. hist. c. 3. & 11.* Sed hic sensus est, prædia, quæ in Provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt, stipendiaria dici & tributaria, ut possessores eorum dicuntur stipendiarii & tributarii. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc Provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen dubito, magisque puto [illegible] (8. Nam constat, Principes [illegible] sibi Provincias omnes [illegible], neque diu ratam mansisse partitionem illam Provinciarum, quam cum populo Augustum fecisse refert Suet. c. 7. Certe tempore Justiniani, ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris [illegible], aliquando separantur, ut in *leg. 7. §. 2. de usufr. leg.* [illegible] *de* [illegible] *l. auferatur 46. §. qui* [illegible] Sed tamen [illegible] esse ex [illegible] Pomponii [illegible] Ulp. *l. si ager 27. §. 1. de* [illegible]. *Stipendium*, inquit, *a stipe appellatum est, quod per stipes, id est, modica æra colligatur. Idem hoc etiam tributum appellat. Pomponius* [illegible]. *Et tamen*, inquit, *appellatur a contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur*, ita & Festus in voce *Tributum*, Varro autem *lib. 4. de ling.* hoc dictum [illegible], *quod tributum a singulis pro portione census exigebatur*. Nec [illegible] ... Cæs. Liv. [illegible] Gellio dicimus, stipendium & tributum promiscue appellata est ea pecunia, quæ populo imperabatur & [illegible] in publicum, ut ex ea milites [illegible] ... apud posteriores, [illegible] Europ. Sextum Rufum, [illegible] ... ut [illegible] D. Cujac. [illegible] 3. In eo [illegible] differentia est, quod [illegible] stipendium, non tributum, [illegible], quod ex tributo militibus solvitur [illegible] facere & Petilius Cerealis apud Tacit. *l. 4. hist. cap. 74.* *Neque quies*, inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt*. [illegible] ad præsentem disputationem non pertinet. [illegible] verum esse ostendit antiquitas, quod D. Hotoman. hic notat, provinciales alios vectigales fuisse, alios stipendiarios, sive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum: unde Decumani dicti, & eorum ager Decumanus, de quibus multa Cicero 3. *in Verr.* Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum seu stipendium, teste Cicerone 5. *in Verr.* stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, eaque etiam pecunias comprehendit, quæ vel portorii, vel scripturæ, vel salis, aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur; *l. ult. §. species 8. de publican.* consule Sigon. 1. *de jure civ. Rom. 16.* Freig. *in lib. 3.* Cic. *in Verr.* Goed. *ad leg. inter publica 17. §. 1. & l. si ager. 27. de verb. sign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit V. C. Petr. Burmannus *de vectigalibus Populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

T E X T U S.

2. Limitatio.

41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur & jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emptionis non aliter quam si pretium solutum sit &c.*
2. *Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere, quomodo differant?*
3. *An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit.*
4. *An translationem rerum immobilium quæ jure civili tabulariorum desiderentur?*

1. QUod hic traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione vero & tertium exigitur, ut pretium solutum sit, aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. Cur vero tam varie? Nimirum quia in cæteris, qui rem suam sciens ex ulla causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est, in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constet; quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censeri debet, si pecunia sibi soluta sit: hanc enim spectat, et protinus sibi numerari velle videtur, qui rem vendit quam animum habuisse rem suam pure & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, [illegible], quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transire, *l. 8. de reb. cred.*

Vel alio modo ei satisfecerit) Traditur hoc idem l, quod

l. quod vendidi 19. *de cont. empt. l.* 5. §. *pen. de trib. act. fac. l. ut res* 53. *de cont. empt.* 2) Satisfaciendi verbum generalius est, quam solvendi. Qui solvit, utique & satisfacit: at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det: solutione vero obligatio tollitur. Ait, *ei satisfecerit*; nimirum venditor volenti & fidejussorem vel pignus loco solutionis accipienti: neque enim cogitur creditor admittere satisfactionem vice solutionis, *leg.* 6. §. *1. quod. vi aut. pign. l.* 10. *de pign. act.* non magis quam solutionem alterius rei, quam quæ debetur, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred. l.* 16. *&* 17. *Cod. de solut.*

Expromissore) Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in *l.* 4. §. 3. *de re jud.* Certum enim est, tam fidejussore quam expromissore dato, rem emptoris fieri, *d. l. ut res* 53. *de cont. empt.* Enim vero cum proprie loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, *l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr. l. in omnibus* 43. *de solut.* separant ab expromissore, ut in *d. l.* 53. *de cont. empt. l. qui Aventinus* 37. §. *ult. de op. lib.* Expromissor is proprie dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, *l. ult. de SC. Mac. d. l. qui libertinus* 37. §. 4. *de op. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l.* 7. §. *servus* 8. *de dol. mal. l. si vero* 64. §. 4. *sol. matr.* nempe quia promittens debitorem liberat, & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio, aut primi debitoris liberatio: sed fidejussoris obligatio, ut pignus accessio est principalis obligationis, §. *fidejussores* 5. *inst. de fidejuss. l.* 1. *in omnibus* 43. *de solut.*

Quamquam autem lege 12. *tab.*) Pleraque quæ lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulasque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ a viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet, rem venditam non aliter emptoris fieri, quam si pretium venditori solutum sit, aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali ea quam dixi, efficitur: & tamen id ipsum quoque lege duodecim tabul. cautum. Non recte igitur sic collegeris; id cautum est lege civili; ergo est juris mere positivi, aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali. VINN. Unde vero est, quod in traditionibus, quæ nexu & mancipio fiebant, adhibenda esset ænea libra, & emptor eam ære percuteret, indeque æs daret ei, a quo mancipia acciperet. Vid. Caji fragmentum apud Boethium in Comment. ac Cic. *Top. lib.* 3. Non enim translatum credebatur dominium, nisi satisfactum esset mancipanti. HEIN.

Fidem emptoris secutus fuerit) Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. leg.* 19. *de cont. empt.* ἐπειδὴ ἐκ τῶν ἐντεῦθεν... quod ex circumstantiis æstimandum, veluti si dies solutioni dicta sit, *l.* 3. *C. de fact. int. empt. & vend.* aut si, cum emptor pecuniam ad manum non haberet, venditor dixerit, I, licet: nunc non requiro: postea dabis. Plane si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo, ex eo solo quod venditor rem tradidit, censeri non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & *d. l.* 19. apertissime ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schn. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris, nisi contrarium appareat*; convertenda est, & sic concipienda. *In dubio qui rem emptori tradit*, *non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium doceat.* 3) Atque ita communiter DD. eo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov.

4) Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit eam privatim traditam esse, licet a domino, qui plenam rerum suarum administrationem habet, sed necesse est, ut earum rerum traditio fiat publice & coram judice ejus loci, in quo sitæ sunt. Privatim aut apud alium judicem facta, nullius momenti habetur, exceptis bonis feudalibus, quorum traditio facienda coram domino feudi, ejusve vicario, & paribus curiæ. Hoc quod jam antea quibusdam duntaxat in locis ex consuetudine observabatur, generali lege sancitum est a Carolo V. anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujusmodi traditiones actis insinuarentur, hoc est, referrentur in litteras publicas. & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadragesima pretii aut justæ rei æstimationis in usum publicum fisco penderetur, *fac. art.* 7. *ord. pol.* D. Grot. *lib.* 2. *man. cap.* 5. *& ibi* Groenew.

T E X T U S.

3. Ampliatio.

42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit a domino, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit: facit eam accipientis.*

COMMENTARIUS.

1 *Distinctio, quæ vulgo fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administrationi commissa est: & procuratorem, cui libera, cum loquitur, late improbatur.*

CUM ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur a domino, hoc nunc ex Cajo *leg.* 9. §. *nihil autem* 4. *hoc tit.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus. quippe quod qui per alium facit, dum ei mandat aut jubet, ut faciat, id ipsum facere videatur, *leg.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. *dejecisse* 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est) Hotom. restituit, *cui ejus rei possessio permissa est*; quod eundem sensum habet communiorem: sed tota hæc adjectio abest a Cajo, & Paraphrast. Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum repsavit: ob eamque causam etiam a Cujacio hic omissum.

Si cui libera universorum negotiorum) Si nominatim alicui mandatum sit, ut rem tradat, nemo ambigit, quin si mandato parens tradens id faciat, dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l. solutum* 11. §. *ult. de pign. act. leg. restituta* 37. *in fin. pr. ad SC. Treb. l. fundi* 53. *de acq. rer. dom.* nec ulla hic exceptio est: quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procurator cui universorum bonorum administratio permissa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, ut

in

in aliam transferre, quæri solet. Et DD. comm. duo genera eiusmodi procuratorum faciunt, unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum, quibus commissa est libera: nominatim sc. hoc adjecto, & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi; cum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse præter fructus, aut res alias, quæ facile corrumpi possunt. Verum hæc distinctio ut commentitia & Veteribus incognita, a Duar. *ad leg. 1. §. per procuratorem 20. de acq. poss.* Don. 4. *com.* 15. Vaad. 1. *quæst.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, parem esse debere horum procuratorum potestatem; nec quod alteri non licet, id alteri in re dominica licere. Quid enim interest; simpliciter alicui bonorum universorum administratio mandata sit, an mandata adjecto verbo, libera? Non magis hæc differunt, quam hæres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur: quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur: qualia sunt donatio, *leg. 7. de donat.* manumissio, *leg. servus 13. de manumiss.* rei dominicæ pro alio obligatio, *leg. 1. §. quæ res pign. dat.* liberatio pignoris aut hypothecæ, *leg. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv.* item quævis alia juris domini remissio, *leg. mandato 60. de procur. l. fratres 12. C. de transact.* alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio administrationis: *leg. procurator interum 63. de procur.* junct. *leg. 12. & ult. de cur. fur. leg. procuratorem 16. Cod. de proc. l. 1. §. 1. de off. proc. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est, rem domini in judicium deducit, *leg. 12. de pact.* quod illis tantum licet, qui domini loco habentur, *leg. inter 22. & leg. 27. de adm. tut.* potest exigere & accipere, *leg. 11. de pact. leg. qui hominum 34. §. 3. de solut.* creditoribus solvere, *leg. quolibet 87. eod. tit.* novare, *leg. 21. §. 1. de novat.* potest transigere, pacisci, jusjurandum deferre, *dict. leg. fratres 12. Cod. de transact. d. l. 12. de pact. l. jusjurandum 17. §. ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. leg. tutor. 35. dict. tit. de jurejur.* Potest rem domini pignori dare, si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. 12. de pign. act.* Potest vendere ea, quæ servando servari non possunt, *leg. procurator 63. de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *aug. leg. 2. & leg. de cur. fur.* Non debet plus licere ei, cui libera administratio permissa est: ut enim maxime libera sit administratio, tamen est nihil amplius. Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, *l. procurator 18. de proc.* hoc & in superiore verum est: in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet. Eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum, *d. leg. 9. §. 4. eod.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur: quæ aliequi aut non concessa, aut non tam plane concessa intelligantur, ut in specie *leg. creditor 60. §. Lucius 4. mand.* Argumentum, quod ab administratione peculii sumptum, ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio administrationis peculii in simplicem, & liberam, ex *l. 10. Cod. quod cum eo qui in al. pot.* ipsa quoque suspecta, confer. *leg. si convenerit 18. §. ult. de pignor. act. l. si quis, 41. §. ultim. de rei vind. leg. pen. §. 3. de divers. & tempor. præsc. leg. 13. in fin. de cond. ind. leg. liberu 48. pr. & §. 1. de pecul. leg. ultim. de novat. leg. contra 28. §. 3. de pact. leg. 8. §. an pasussi 5. quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Paulus animadvertit *dict. loc.* qui etiam contendit, plus licere filiofam., aut servo liberam peculii administrationem habentibus in administratione rei peculiaris, quam procuratori universorum bonorum in rebus mandatis, propterea quod peculium est quasi proprium patrimonium servi filiive familias a substantia & rationibus domini patrisve separatum, atque abstractum, *leg. 5. leg. peculium 39. de pecul.* quod longe diversum sit in procuratore. Ad hæc, unam eamdemque servi & domini, unam patris & filii personam videri, *l. 10. de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. sub. §. 4. & §. post mortem 12. inst. de inut. stip.* Utcumque sit, certe alienationem ut donent, aut jus aliquando gratuito remittant, vi generalis mandati, non habent, *leg. 3. §. si servum 8. de don. inter vir. & uxor. leg. 1. §. 1. quæ res pign. dat. leg. 7. donat. leg. 3. §. 2. vers. si filiusfam. de SC. Mac. leg. contra juris 28. §. 2. de pact.*

TEXTUS.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

43. *Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam tibi aliquis commodaverit, aut locaverit, aut apud te deposuerit, postea aut vendiderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit; eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine*) Fictione scil. brevis manus, ut una actio hic occultetur, *l. 3. §. pen. ff. de don. int. vir. & uxor.* Fingitur res ex priore causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione *§. per tradit. 40. sup. eod.* dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse an vero traditio fiat & naturaliter, an ficte & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, *l. servus 43. §. 1. hoc tit.* pro traditione autem in his est utendi concessio, *leg. ult. de serv. leg. 3. de usufr.* in aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum. Et in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu de ea, quæ symbolo fit, dicitur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum vel rem meam, quæ

apud

apud te sit, ex alia causa tibi vendo aut dono, ad quam speciem pertinent exempla hoc §. proposita ex Cajo *l. 9. §. interdum 5. eod.* vel cum eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, jussero tibi dare, *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas; Non quæ plane & per se nuda sit, aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum cum dicimus, ex pacto nudo actionem non nasci, nudum intelligimus, quod simpliciter nudum est, hoc est, tale, quod præter conventionem nihil causæ habeat ad obligandum eum, qui pactus est. *l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod.* Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, plusquam manifestum est, dominium ex eo transferri non posse. Non etiam quæ nuda sit ab omni traditione: quomodo nuda pacta accipimus, cum traditionibus in genere opponuntur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur, quia convenit, ut res pignori sit sine ulla traditione, *l. 1. de pign. act.* Sed nuda ex comparatione ejus rei, cui hoc loco opponitur, id est, nuda a vera & naturali traditione, quæ causam transferendi sequatur. Nam si nuda sit ab omni non tantum reali, sed etiam ficta & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarumdam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l. antep. de acquir. poss.* nimirum oppositive ad actualem & naturalem apprehensionem.

Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit) Vel etiam pignori tibi dederit, *l. 9. §. 1. de Publ. in rem act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, *l. 3. §. sed si 20. de acq. poss.* Sed & si rem meam possideas, & eam tibi vendam, aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, *l. si servus 21. §. 1. hoc tit. l. 10. de donat. leg. si rem 62. de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinent species *l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.* si id, quod alius mihi dare volebat, jusserim Titio dari: quamvis fictio nonnihil dissimilis, & inter tres personas.

Perinde ac si eo nomine tibi tradita esset) Apparet, hic actum aliquem adsciscì sive fingi, qui pro traditione sit; cum causam transferendi nulla sequatur traditio secundum ordinem naturæ: & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l. si rem 62. de evict. hoc §.* dominium transferri nuda voluntate. Fictio talis est: creditur res tibi commodata aut apud te deposita, domino, cui eam postea tibi vendidit aut donavit, restituta, atque ab eo mox ea causa tibi tradita. Quod a Consultis ideo excogitatum est, quia hoc modo celerius & sine inutili circuitu ad finem propositum perveniatur, *d. l. 3. §. pen. de don. int. vir. & ux.* Unde in simili: si debitorem meum jusserit tibi dare, fingitur brevi manu acceptum a me, & tibi datum, ut una actio hic occultetur, *d. l. 3. §. pen. & ult. cl. licet 43. §. 1. de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulp. *l. singularia 15. de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jusserim Sejo mutuo dare; sive inter duas, puta si convenerit, ut pecuniam, quam tu mihi ex mandati causa debes, crediti nomine retineas, in utraque enim hac specie fingitur mihi data pecunia, & a me ad te aut ad Sejum profecto: quamquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vid. *l. qui negotia 34. mand.* ejusque Interpretem Cujac. S. *ad African.* Sunt tamen, qui putant, absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi & per rerum naturam fieri poterit, *per leg. falsus 43. §. 2. de furt.* & ideo Ulpiani sententiam admittendam censet, si debitor præsens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe diserte Africanum loqui de eo, qui pecuniam mittit ad creditorem, ac proinde de eo, qui abest. D. Don. *in dict. leg. singularia 15. de reb. cred. num. 22. & seqq.* Utut sit, hoc jure non utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat. Plura diximus *lib. 1. select. quæst. cap. 40.*

T E X T U S.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

N O T Æ.

44. *Tradiderit emptori*) Apud horreum, *d. l. 74.* in re præsenti, *l. 1. §. pen. ff. de acq. possess.*

COMMENTARIUS.

HOC §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat, cujus una species proponitur, in mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, *ex dict. l. qua ratione 9. §. item si 6. hoc tit.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita & translata intelligitur, *l. 1. Cod. de don.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *leg. quod si, 14. §. 1. de per. & comm. rei vind.* Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, *leg. antepen. de acquir. possess.* Potest & sine nota actus aliquis traditionem repræsentare: nam si in re præsenti & aperta dominus eam se mihi tradere dicat, ego sim hoc animo, ut velim possidere; hic placuit me possessionem nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi, ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l. 1. §. penult. leg. quod meo 18. §. 2. de acquir. possess.*

Simul atque claves horrei tradiderit) Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *dict. leg. qua ratione. 9. §. item si 6. dict. leg. 1. §. pen. leg. clavibus, 74. de contr. empt.* Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum: in quo res conditæ sunt, *dict. leg. clavibus 74.* Nam & symbolica traditio esse debet, ut per eam res potestati notitiæ statim subjiciatur: quod non fit, si alibi claves tradantur: & ideo recte hoc expressit Theoph. ἐν τῷ τόπῳ.

TEXTUS.

De Missilibus.

45. Hac amplius interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem; ut ecce, Prætores & Consules, cum Missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus; & tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.

COMMENTARIUS.

Et si regulariter in translatione dominii non minus personam accipientis quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l. in omnibus, 55. de obl. & act.* evenit tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum Missilia jactantur aut sparguntur in vulgus; quod exemplum hoc loco proponitur, & *l. 9. §. penult. eod.* etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit; in nullius certæ personæ destinationem fertur, & plane ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum quod quisque ex sparso apprehenderit id sibi habere; æquissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, *arg. §. per traditionem 40. supr. eod.* Poterat videri, quod ita sparsum est pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti cedere jure occupationis rerum nullius. Sed magis est, ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus: cum in eum finem pecunia sparsa sit, ut statim apprehenderetur, & quantum apprehensum esset, fieret apprehendentis, quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet. VINN. Immo certissimum est Missilia nostra fieri non per traditionem, sed per occupationem; quia qui illa spargit, eorum dominio vero sese abdicat, antequam quis ea apprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus, ea sunt derelicta. Res pro derelictis habitæ cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud suadet. Omnes enim res pro derelictis habitæ eo fine abjiciuntur, ut apprehendantur, & quantum quisque apprehenderit, fiat apprehendentis. Quo animo esse derelinquentem, cur neget auctor noster, equidem non video. HEIN.

Prætores & Consules) Desunt hæc apud Cajum, & vix est, ut reperias, Magistratus populi Romani, Consules, aut Prætores Missilia sparsisse. Principes id factitasse legimus apud Sueton. *in August. cap. 98. in Caligul. cap. 18. in Neron. c. 11.* Ut Consules sparserint, e Græcorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcianus non sine causa sustulit, *l. 2. C. de consul. & non sparg. pec. l. 12.* revocavit ad certum modum Justinianus. *Nov. 105. cap. 2. §. 1.* qua constitutione permittitur volentibus Consulibus Missilia spargere, & muneribus honorare anno, & in septem processionibus; nec aurum populo projiciant, dum ne id sæpius faciant, quam septies inspergant, quod soli datur imperio. Hoc constitutum iterum abrogatur a Leone, ususque Missilium Consulibus in totum interdicitur, *Nov. Leon. 94.*

TEXTUS.

De habitis pro derelicto.

46. Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit.

COMMENTARIUS.

1. *Quæ requirantur, ut res pro derelicto habita censeatur?*
2. *Pro derelicto habita statim nostra esse desinere: alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

(1) Res pro derelicto habita statim nostra esse desinit & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus *§. item lapilli 18. eod.* Ad traditionem referri non potest ut species superior: quia qui rem pro derelicto habet, quamvis intelligatur voluisse eam ejus fieri, qui primus eam sustulerit aut occupaverit, *leg. 5. §. 2. pro derel.* non tamen ea mente eam abjicit aut deserit, nec laborat ut alius eam accipiat, quod facit is, qui pecuniam spargit. Sparsio species donationis est & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur, ut ne res amplius in bonis sit.

(2) *Quod dominus ea mente abjecerit*) Duo exigit hæc definitio ut res pro derelicto habita censeatur; primum ut quis rem suam amplius suam esse nolit: tum ut quam non vult amplius suam esse, eam abjiciat aut deserat; alterutrum si desit, dominium non amittitur. Fac ergo rem a domino abjici, aut deseri: non ea tamen mente, ut eam a se amoveat, aut amplius suam esse nolit; nihil hic amittitur, *§. sequent.* Fac e converso nolle amplius suam esse; nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit, dominus esse non desinit: in quo dominium differt a possessione, quæ solo animo amittitur, *leg. si quis 17. §. 1. de acquir. possess.*

Ideoque statim dominus esse desinit) Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinunt esse nostræ, quibus nostræ fiunt, *l. 1. pro derel.* Unde recte a Juliano notatur Proculus, qui putabat dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum a nobis abire, cum ab alio occupata esset, *l. 2. §. 1. dict. tit.* Sic enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commisisse intelligeretur, quod est absurdum, *leg. falsus 43. §. 5. de furt.* Quod si dominus non sit, a quo res derelicta est, non fit statim occupantis, sed poterit qui occupavit eam usucapere, *leg. 4. pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos Insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant, non Andriis, qui priores jaculum immiserant, Plutarch. *quæst. Græc. 29.* Quoniam possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio: qui-

qualis circa res mobiles maxime fit manibus; circa res soli pedibus, D. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt, D. Cypr. Regn. *conf. Belg. hic post* Zypæum *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior per ea, quæ nos *ad* §. 39. *sup. eodem* & Groenev. *de leg. abrog. ibid.*

T E X T U S.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item de his, quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia sane causa est earum rerum, quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur; hæ enim dominorum permanent: quia palam est, eas non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit, sed quo magis cum ipsa navi maris periculum effugiat. Qua de causa, si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

N O T Æ.

47. *Furtum committit*) Hujus loci interpretem habes Ulp. *d. l.* 43. §. *pen.* & §. 4. *cum aliquot seqq. ff. de furt.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis ea habere nolit.*
2 *Eum qui alienum quid in via jacens, lucri faciendi causa tollit; furti obstringi, licet ignorarit cujus sit.*
3 *Quid si nemo rem inventam post proclamationem repetat?*
4 *An præmium indicii honeste peti possit?*
5 *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat?*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suum esse non vult, sed alia mente: ac proinde id ejus, qui abjecit manere, nec fieri apprehendentis. In hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

Non est animo ejici, quod quis habere nolit) (1) Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habeant; quippe si invenerint, ablaturos, & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est, ac si quis onere pressus in via rem abjecerit, mox cum aliis reversurus ut eam auferat, *l.* 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere, recte hic concludit Justinianus cum Cajo *in l.* 9. §. *ult. hoc tit.* & Paulo *leg.* 2. *in fin. ad leg. Rhod.* Jac. *l. si quis merces* 7. *pro derel. l. interdum* 21. §. *de acquir.* 1 *ff. l. quæcumque* 58. *hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, eum a cæteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi; aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in *l. falsus creditor* 43. §. *pen. de furt.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: nunc in hac actione mere voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responsionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat; nam ex fine *dict.* §. *penult.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

Cum ipsa navi maris periculum effugiat) Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium internum, consilium motis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quam inviti hujusmodi actiones habent: nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule *Arist.* 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo) Secus est, si hoc animo, ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si putans, simpliciter sive sponte jactatam, sive pro derelicto habitam, *d. l. falsus creditor* 43. §. *pen.* & §. *sed si* 6. *de furt.* Bene hoc intellexit Damones in Rudente Plautina, qui vidulum a servo suo in mari repertum alienum esse judicat, non suum, *act.* 4. *scen.* 2.

(2) *Quæ de rheda currente cadunt*) Comparantur res in tempestate ejectæ cum his, quæ iter facientibus decidunt de curru, aut quæ imprudentibus excidunt in vias, quas certum est dominorum permanere; eumque qui alienum quid jacens in via lucri faciendi causa tollit, furti obstringi in tantum, ut nihil intersit, sciverit, aut ignoraverit, cujus essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret, *d. leg. falsus* 43. §. *qui alienum* 4. quippe cum omnes scire debeant, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere, *leg. ult. C. unde vi.* At si non ut lucretur sustulit, sed redditurus ei, cujus id esse postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, recte probeque faciet, si libellum proponat continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit: hoc enim facto palam ostendet, se non tulisse eam rem animo furandi; *dict. l. falsum* 43. §. *sed si* 7. & *seq.* (3) Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere: sin dives est, bene & pie fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita Part. *ad dict. leg. falsus* 43. §. *qui alienum* 4. Fab. Cantiunc. Scheneid. *hic.* (Canonistæ cum Theologis dicerent, non tantum bene & pie, sed ex justitiæ & conscientiæ debito faciendum.) Qui hoc obiter etiam tractant, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit, præmium indicii honeste petere possit. (4) Et ajunt, non posse; quamvis ultro oblatum honeste accipiatur, quod etiam satis aperte significat Ulp. *d. l. falsus* 43. §. *quid ergo* 9. ubi pro eo, quod in vulgatis editionibus omnibus, atque in ipso etiam Pisano codice legitur; *Quid ergo si, εὕρετρα, quæ dicunt, petit,* &c. Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit, *Quid ergo si ea quæ dicunt Græci μήνυτρα, petat,* sed nulla necessitate: nam εὕρετρον

non minus Græcum est, quam [illegible], atque ut hoc præmium indicii, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine & peti honeste indicium & accipi, *fac. leg. 5. §. si tibi 2. de cond. ob turp. caus.*
(5) Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum, & peculiaris etiam pœna in eos, qui quid eorum in litus expulsum surripuerant, nova lege constituta est publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ desumpta est ex constitutionibus Friderici Secundi *de statutis & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis*, [illegible] 10. De rebus in tempestate ejectis, aut naufragio perditis, in que litore inventis, aut extractis e mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc [illegible] in ipsum [illegible] fere omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut vindicarentur; adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum [illegible] lisque illisarum Navium. Cæterum aucta navigatione, inque dies [illegible] [illegible] increscente, visum est, placitumque [illegible] [illegible] Provinciæ, ut suas cuique res [illegible] [illegible] liceat, modo id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ [illegible] factæ sunt ab [illegible] rerum susceptoribus. [illegible] tempore elapso publicantur, & fisco acquisitæ esse [illegible], *Olaut. Van [illegible]*, *Phil. 2.* qui tamen [illegible] patitur eas redimi, Grot. 2. *manud.* 4. Graviter in [illegible] illam publicationem rerum ad litus ejectarum, [illegible] *de repub. cap.* 10. invehitur Bodinus. *Barbarum est quidem*, inquit, *& antiquus inusitatum: ut eorum, qui [illegible] naufragio misere perierint, & quorum [illegible] [illegible] debeamus, ejus reliquias, quas ad [illegible] bona fide restitui oportebat, turpe [illegible]*. *Si tamen*, inquit, *[illegible], uti [illegible] [illegible], eam crudelitatem tum in cives, tum in peregrinos exerceant. Jus quærit? Error jus facit; at si non [illegible], sed [illegible], scelus est, quod [illegible] pretenditur*. Mera sane injuria est, nulla probabili causa [illegible] alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit, bona naufragorum fisco [illegible]. Extat constitutio Constantini in *C. Justin.* [illegible] hæc verba: *Si quando naufragio navis [illegible] ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat, fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Bene Euripides in *Helena*.

[illegible]

Dion Prusæensis orat. 7. de naufragio locutus.

[illegible]. Potest etiam huc accommodari locus [illegible] *lib.* 4. *cap.* 7. ubi sic scribit: *Crudelitatis [illegible], [illegible] naufragorum [illegible] [illegible] [illegible], [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], quæ [illegible] [illegible] [illegible]*, [illegible] *auth. navigia C. de furt.* [illegible] *Christin.* [illegible] Grot. [illegible] *bell. & pac. lib. 2. cap.* 7. [illegible] *C. de naufrag.* [illegible] *nostra*, [illegible] *de l. Rhod.* Doctiss. Salmasius *cap.* 5. [illegible], non Constantinum, sed Antoninum [illegible] memoratæ constitutionis [illegible] *Cod. Just. de naufrag.* [illegible], & veteres [illegible]: nec [illegible] tit. in Cod. Theodosianum; quod & D. Cujacius antea observavit. Et autem constitutione Antoninum abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, [illegible], atque esse, hanc constitutionem posteriorem rescripto ejusdem Antonini, quod extat in *leg.* [illegible] 9. *de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum illud multis modis corruptum esse, & in d. constitutione pro *Vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *Vel si quando reliquam terram attigerint*. Nec dubium, quin *l. in dict.* [illegible] 9. *de leg. Rhod.* pro [illegible], ex ejusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendum sit, [illegible] id est [illegible], a publicanis.

TITULUS SECUNDUS.

DE REBUS CORPORALIBUS, ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUÆ de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent dumtaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium, tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio, quæ hoc titulo proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum, sive earum quæ in bonis aut patrimonio sunt. Caius hanc principali continenter subjecit, *l. 1. §. 1. de rer. div.* unde huc transtulit Justinianus.

T E X T U S.

Secunda rerum divisio.

Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique aliæ res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis, & ipsum jus utendi, fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.

N O T Æ.

Quædam præterea) Totus hic titulus descriptus est ex Caio *l. 1. §. 1. ff. de rer. div.*

Pecunia.) Hic aperte pecunia inter res corporales numeratur: & apud Cajum *dict. l. 1.* & nihil tutius est, quam [illegible] nummos æque ac cætera corpora vindicari posse, *l. 14. de reb. cred.* §. *ultim. inst. quibus alien.* Opponuntur interdum corpori, *leg. 46. ff. de cond. ind. leg. 5. princ. inst.* [illegible] *dot. leg. ultim. de adim. leg.* at tunc non

omnes

omne corpus ſimpliciter, ſed certum intelligi debet, *l. 68. ff. ad SC. Treb. l. 10. ff. de accep.* & in quo præter corpus nihil conſideratur.

Ipſum jus hæreditatis) Cujus *ipſum jus ſucceſſionis*,) a quo & hæreditas definitur ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de verb. ſign.* ſed hæc improprie. Nam ſuccedere non hæreditatis eſt, ſed hæredis. Hæreditas autem eſt res acquiſitioni ſubjecta, & quæ hæredi per ſucceſſionem acquiritur. Jus vero dicitur, quia univerſitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res ſingulas ſeorſim, *l. 119. d. tit.* Hæc plena præ iis, quæ alii.

COMMENTARIUS.

1. *Inter res corporales etiam nummos recte numerari.*
2. *Ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, non eſſe mera entia rationis.*
3. *Quo ſenſu hæreditas, uſusfructus, obligatio, jura dicantur, & rebus ipſis opponantur?*
4. *Hæreditatem proprie neque ſucceſſionem eſſe, neque jus ſuccedendi, neque rem, ad quam ſuccedit, ſed jus, quod per ſucceſſionem acquiritur.*
5. *Jura prædiorum quo reſpectu ſervitutes dicantur?*

SUI *natura tangi poſſunt*) Hoc eſt, quæ ſub tactum cadunt, quas, ſi præſentes ſint, corpore & manu apprehendere, cæteriſque ſenſibus percipere poſſumus. Ait autem, hujuſmodi res eſſe fundum, hominem, &c. fundum, puta Tuſculanum, hominem, Stichum: res, nimirum ſingulares & ſubſtantias primas. Nam ſecundæ ſubſtantiæ ſive univerſalia a ſenſibus remota ſunt. Ariſt. *1. analyt. cap. 31.* Utrum autem univerſalia ſint merum opus intellectus & figmenta phantaſiæ, an quid reale eſſentiam habens, & revera ſubſiſtens in rebus ſingulis; Philoſophorum diſputatio eſt. VINN. Sunt hæc vere Stoica. Quum enim hi Philoſophi ſenſus omnes reducerent ad tactum; corpus definiebant, *quod tangi poſſit.* Sen. *Epiſt.* 106. *Idem corpora ſola eſſe*, adfirmabant: corporales res non *eſſe*, ſed *intelligi*. Cicer. *Top. cap.* 5. Illa *res* vocabant, has *jura*. Quintilian. *Inſt.* V. 10. Et inde facile patet, cur Paulus ſervitutes nec in bonis, nec extra bona eſſe dicat. HEIN.

1 *Aurum, argentum*) Non tantum rude, ſed etiam ſignatum, nummi aerei aut argentei, licet contra diſputet Div. Hotomannus *illuſtr. quæſt.* 15. Nam oppoſitum eſt in oppoſito, ſive contradictio in adjecto, ſi quis dicat argentum ſignatum corpus non eſſe. Spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *leg. de cont. empt.* & reſpectu hujus valoris nummus nonnumquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil conſideratur, ut in *leg. quis hæredis 46. de cond. ind.* Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud eſſe, aut ſignificare quam valorem & quantitatem ipſius, illi vehementer falluntur. Utique enim & materialiter pecunia conſiderari poteſt, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum ſit valoris; de quo belle & docte Salmaſius *lib. de uſur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari poſſe, non quantitatem duntaxat, teſtis eſt Papinian. *leg. ſi is 49. §. 1. de ſolut.* Quin Juſtinianus hoc ipſo tit. & Caius *leg. 1. de rer. div.* expreſſe pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius eſt, quam nummos æque ac cætera corpora vindicari poſſe? Nihil me movet, quod apud Pomponium, *leg. ſi pænæ 19. §. 2. de cond. ind.* legitur. Si facto exiſtimes me debere nummos ſolvere, qui partim alieni, partim mei fuerint, ejus ſummæ partem dimidiam, non corporum, me condicere. Nam & ſi frumentum meum cum alieno commiſtum, cui non debebam, per errorem ſolviſſem, reſponderet Juriſconſultus, non dimidiam partem corporum, ſed quantitatis condicendum: neque tamen ex eo quiſquam colligeret, frumentum rem eſſe incorporalem, ſed habet hoc hanc rationem, quia confuſim corpora mea & aliena ſolvi, non ut certa ſpecies, ſed exiſtimans me debere certam quantitatem. Quid quod eo ipſo quod ait, *non condicere partem corporum*, fatetur corpora eſſe? Nil etiam quod Ulpian. *leg. 5. in princ. de imp. in res dot.* ſcribit, diminutionem dotis per impenſas neceſſarias fieri ipſo jure, ubi non ſunt corpora, ſed pecunia. Neque enim corpora pecuniæ opponit ut non corpori, ſed eadem ratione, qua eodem loco corpora opponit corpori æſtimato; quod utique nemo dixerit rem eſſe incorporalem, & nimirum, ut res quæ in ſpecie reſtituendæ ſunt, iis rebus opponantur, quæ in genere functionem recipiunt. Conſtat enim, pecuniam eſſe rem fungibilem, cujuſmodi res eodem jure ac obligatione in dotem dantur, qualis eſt in mutuo, ut ſcilicet ſoluto quandoque matrimonio, maritus non eadem corpora quæ accepit reddat, ſed tantundem, *l. res in dotem 42. de reg. jur. dot.* Idem reſpondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius ſumma aut numerata pecunia non ſimpliciter corpori, ſed certo corpori opponitur, *l. ſi hæres 68. princ. ad SC. Treb. l. 10. de accept.*

Qualia ſunt, quæ in jure conſiſtunt) Res omnes, quæ tangi aut demonſtrari non poſſunt, ſed animo tantum cerni atque intelligi, incorporales quidem ſunt; verum non omnium earum rerum conſideratio Juriſconſulti propria eſt. Nam & Angeli ſpiritus, & Animæ res ſunt incorporeæ. Illa quoque a Cicerone in *Topic.* enumerantur, uſucapio, tutela, gens, agnatio, quamvis harum rerum tractatio ad Juriſconſultum pertineat, non ſunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur, quæ acquiri poſſunt, & patrimonium noſtrum augent. Uſucapio autem non eſt res, quæ acquiritur, ſed cauſa & modus acquirendi, uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus eſt & munus publicum. Quid eſt ergo, quod ait, *quæ in jure conſiſtunt? Jus eſt*, inquit Weſenb. *intellectus ſeu recta ratio. Quæ igitur in jure conſiſtunt, ut alia omnia, quæ ſunt rationis ea tantum intelliguntur*, inquit, *non ſunt.* (2) Ita loquitur Weſembec. quaſi exiſtimet, ea, quæ in jure conſiſtere dicuntur, eſſe mera entia rationis & irrationalia duntaxat; quomodo & D. Tuningius, qui ea dicit eſſe notiones & intelligentias, quas Platonici *Ideas* vocant: neque aliud judicium Donelli fuit *lib. 5. com. 1.* Sed quæſo, quid tam abſurdum eſt quam dicere, hæreditatem, bonorum poſſeſſionem, uſumfructum, ſervitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, figmenta eſſe intellectus, natura nihil eſſe? Amabo te, ſi tibi luculenta hæreditas relicta ſit, aut opulenti patrimonii uſusfructus, ſomniumve eſſe putabis phantaſiæ, aut ideam Platonicam? quamquam ſunt ἀψηλάφητα, ϗ [illegible]. Sic autem habendum eſt, res hujuſmodi in jure conſiſtere dici, & his corpora opponi, non quia revera & natura non ſint, aut extra conſiderationem juris non ſubſiſtant, ſed quia a jure quodammodo exiſtentiam ſuam, hoc eſt certam ac

definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest: cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ a jure substantiantur, creantur, & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia. Ita propemodum & D. Bachovius.

Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes Hæc omnia hactenus quidem recte conjunguntur, quatenus jura sunt, sive res incorporales. Ceterum dissimilis harum rerum ratio est quatenus rebus ipsis opponuntur; ut mox ostendemus. 3) Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit, & quia appellatione sua universum bona omnia & jura defuncti, etiam quibus ille aliis tenebatur, comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *leg. hæred. 119. l. pecunia 178. §. 1. l. bonorum 208. de verb. signif.* Unde Papinian *leg. hæreditas 50. de hær. pet. hæreditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* add. *l. 3. de bon. poss.* Obligatio quatenus a parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, *instr. de obl. in princ.* A parte autem creditoris, qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiratur, & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam dumtaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus, earumque acquirendarum modis, non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse aperte significat in §. *ultim. de us. & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *titul. 14. leg. 3.* In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est. Sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam, quæ in rem est, §. 2. *instit. de act.* De horum constitutione & acquisitione agitur *tit. 4. & 5. hujus libri.*

Nam ipsum jus hæreditatis, &c. Nemo est, qui non intelligat, usumfructum non esse idem, quod sunt ipsi fructus, cum sit jus fruendi, id est, percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam functus est, qui non videat aliud esse quam res in obligationem deductas. Quis enim putet, rem, quæ venit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas a rebus singulis hæreditatis secernatur, non usque adeo obvium. Quod & Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse Cajus *l. 2. §. 1. de rer. div.* dixit, ipsum jus successionis [illegible]: & Africanus *leg. bonorum 28. de verb. signific.* hæreditatis appellatione jus successionis, non singulas res demonstrari. (4) Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figurate id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur, non acquiri potest, concedo esse. Si proprie, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento, aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, *leg. delat. 151. de verb. signific. § ultim. de hær. qual. tot. titul. de acquir. hær.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæredes suos, hæreditatem vero non transmittit, *l. cum in antiquioribus 19. Cod. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas. Sed estne hæreditas ipsa successio? Sane a nostris definitur successio in universum jus; quod defunctus habuit, *leg. nihil 24. de verbor. signific. leg. hæreditas 62. de regul. iur.* Verum & hoc improprie dici de hæreditate ferendum est; non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est; unde hæres passim universi juris successor appellatur. Ad eumdem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonii, *l. 3. §. 2. de bon. poss.* nec tamen ipsa ad jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse, cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quam hæreditas, Ulpian. *dict. leg. 3. in princ.* scribit, bona accipienda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum, atque incommodum suscepit non hæreditas, aut bonorum possessio, sed hæres, aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas ut res ceteræ objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio modus, per quem illa acquiritur; jus succedendi, jus, quo delata acquiri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus recte hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonii me universalem dominum efficit; non enim hæreditas id efficit, sed successio, sive hæreditatis agnitio. Immo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quam ipsa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem juris civilis accommodate hæreditatem definierit, *pecuniam, quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta, sint*, cum hæreditas, ut Hotomannus, *non pecunia sit, sed jus acquirendæ pecuniæ, sive jus succedendi.* Quanto enim intelligatur & subtilius Cicero quam Hotomannus, liquet ex iis, quæ jam dicta sunt. Neque pecuniæ verbum, quod pro genere Cicero posuit, quemdam offendere debet, cum etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, *leg. pecuniæ 22. de verb. signific.* Augustin. *de discip. Christi cap. 6.* Totum quicquid homines possident in terra pecunia vocatur, servus sit, vel ager, arbor, pecus, quicquid horum est, pecunia dicitur, ut apud Græcos χρήματα, Olympiodor. *in Phædon. Plat.* [illegible], ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα χρήματα. Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, *t. 6. comm. 2.* hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus defuncti; propterea quod hæreditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *l. hæreditas 34. & l. hæreditas 61. de acquir. rer. dom.* Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subjecta sit acquisitioni, quam defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, *Eens Overledens boedel.* ut tribus verbis definit D. Grot. 2. *manuduct.* 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura & onera simul comprehendat, non res singulas seorsim, *l. bonorum 208. de verb. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibus, quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

(5) *Eodem numero sunt & jura prædiorum*) Servitutes

tes prædiorum, etiamsi corporibus accedant, incorporales tamen sunt; quippe jus prædii non pars prædii est, sed qualitas, *l. 14. de serv. l. 4. in princ. si serv. vind. l. quod aliud 86. de verb. sign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura & servitutes: nam servitus proprie non jus, sed juris privatio, & imminutio est, *l. 5. §. & belle 9. de op. nov. nunt.* verum quod relata inter se sint, & illa vim habeant agendi, hæ patiendi significationem. In eo igitur, cui debetur, eundi puta facultas, jus dicitur; in eo, qui debet, servitus est, & juris imminutio. In illo servitus active, in hoc passive. VINN. Sunt itaque servitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio servit. Sed non omnia jura prædiorum sunt servitutes, quia & plura alia sunt prædiorum jura, ut bonitas, salubritas, amplitudo, *l. 86. de verb. sign.* item jus venandi, coquendi cerevisiam, aliaque quæ nullam vicinio prædio patiendi vel non faciendi necessitatem imponunt. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

Dig. Lib. 8. Tit. 1. & 2. C. Lib. 3. Tit. 34.

1. *Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio ejusque explicatio.*
2. *Species servitutis. Quid sit servitus prædii? quid ea requirat? de quo tamen latius, num. 4.*
3. *Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere, & quid veteres per causam perpetuam intelligant?*

SErvitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem, & longe alio significatu, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est, quæ dominum non habet: at res servire dicuntur, non quæ domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri, non domino: liberæ esse, quæ uni & soli domino omnia præstant: quo facit *leg. qui uti 90. de verb. signific.* Etenim quod ex re sua præcepit dominus, id ei res ipsa ultra præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura ita facta, ut id velit. Cum autem pati cogitur, ut quædam commoda alius percipiat, jam servire videtur, quasi amissa priore facultate, quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur plane est divisio, qua servitus distribuitur in tres species: in mere personalem, mere realem, & mixtam. Nam mere personalis, quæ hominum est & sola proprie servitus una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως, id sunt quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subiici non potest. 1) Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam a nostris definire, in itinere, actu, via, aquæductu, *hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. præd. rust.* in servitutibus Prædiorum urbanorum. *§. seq. & l. 2. de serv. præd. urb.* in usufructu, *pr. tit. sequent. & l. 1. de usufr.* Per se autem servitus, & respectu ejus, a quo debetur, non jus est, sed juris privatio aut imminutio, *leg. 5. §. 1. & belle 9. de op. nov. nunt.* Aio, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo; aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *leg. quoties 15. §. 1. de serv.* Pati in suo, puta re sua utentem, fruentem, per fundum suum euntem, agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas imminentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere, quod luminibus ædium nostrarum, aut prospectui officiat, &c. Plane enim ita servitus constitui non potest, ut quis aliquid cogatur facere in suo puta viridario, aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere, quo ameniorem nobis prospectum præstet, *dict. leg. 15. §. 1.* obligatio hæc erit, non servitus constituta & ideo prædio alienato, non sequetur actio novum possessorem, ut fit ubi servitus constituta est, *leg. cum fundo 36. de serv. præd. rust. leg. neque 16. quib. mod. usq. am.* sed in eum, qui id facere promisit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, *leg. actionem 25. de oblig. act.* in id scilicet, quod interest, si non fiat quo promissum est: ut accidit in omni obligatione faciendi, *leg. 13. in fin. de re jud. leg. stipulationes 72 de verb. oblig. §. ultim. eodem.* Una servitus oneris ferendi a natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus *§. 1. infr. hoc tit.* Quod adjeci de commodo, id finem servitutis respicit: neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certe alicujus amœnitatis, *dict. leg. 15. in princ. de serv. leg. 3. de acquir. cont. & ast.* Non autem præcise requiritur, ut præsens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit: quo modo cum Div. Duareno accipienda *leg. penult. de serv.* 2) Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum, sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen simpliciter tribuitur: quædam personarum. Sic autem distinguuntur non a re, quæ servitutem debet, sed ab ea re cui debetur. Prædiorum igitur sunt, quæ debentur prædiis; personarum, quæ personis, *l. 1. de serv. leg. si mihi 20. §. ultim. de serv. prædior. rust. leg. si quis 32. de usufr.* De servitutibus prædiorum agitur hoc titul. de personalibus tit. proximo, & seq. Servitus prædii est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur, unum dominetur, alterum serviat, *leg. 1. §. 1. com. præd. §. 1. inf. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem; neque in rusticis tantum, quod D. Vultejus facit, & Jann. Superior *ad leg. 3. de serv.* verum etiam in urbanis, *leg. 5. §. 1. de serv. præd. rust. leg. si ædes 38. & leg. sequent. de serv. præd. urb.* Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex communitate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus officiat, si non impediat liberum usum servitutis, *leg. 7. §. ultim. leg. ultim. de serv. rust. præd. leg. 7. §. 1. com. præd. leg. 1. de serv. præd. urb. leg. 4. §. ultim. si serv. vind. leg. servitute 14. §. ultim. de serv. leg. si prius 17. §. 3. de acquir. poss. arc. Duar. ad dict. leg. 14. §. ultim.* Don. 11 comm.

Cæpoll. 18. *de serv. urb. præd. num.* 2. (3 Omnes vero servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere debent: *l. foramen* 28. *de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est, quodcumque ex naturali causa oritur, etsi non sit assiduum, ut ecce aqua pluvia ex naturali causa oritur, etsi non assidue pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit, perpetuum videtur, licet non fiat assidue, ut defectio Lunæ: Arist. 1. *post.* 8. Sed & quod ex facto nostro oritur, perpetuum habetur, si ex causa prædium aut pars prædii parata est, ut semi[illegible], *l.* 8. *Arist.* [illegible] *si serv. vind.* Causam servitutis vocamus, cujus aut arcendæ a nostro, aut in nostro habendæ gratia servitus constituta est, verbi gratia, in [illegible] & aquæductu causa, ob quam hæ servitutes comparatæ sunt, est aqua: illic, ut ab ædibus nostris avertatur, hic, ut aqua ducatur, & in nostro habeatur, *d. l.* 28. *l.* 1. §. 4. *de* [illegible]. Interpretes vulgo dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, causam confundunt cum possessione. Facile autem ex superiore definitione colligere est, servitutem prædii non intelligi, quæ constituta est in prædio quidem alieno, (4 sed ei qui prædium non habet, aut qui non habet vicinum, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. leg. Mela* 14. §. *ult. de alim. leg.* aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta ejus prædii causa, & revera prædio utilis, *l. si a te* 35. *de serv. præd. urb. l.* 6. [illegible] §. 1. *de si v. præd. rust.* eo quo pertinet quod scribit Paul. *l.* 8. *de serv.* [illegible] *licere, ut spatiari, & cœnare in alieno possimus,* servitutem imponi non posse: [illegible] quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur, nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis [illegible] in [illegible] facienda jus alteri concesserit, id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est, quod servitus prædii non intelligatur, si in constituendo persona demonstrata sit, cui soli ea præstetur, [illegible] ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur. aud. Cujac. ad *d. l.* 8. Don. 9. *com.* 21. Wes. *parat. de serv. præd. rust. num.* 3. Porro autem ut prædia, vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque servitutes, quæ iis inhærent, vel rusticæ sunt, vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, [illegible] area, [illegible] ager, *leg. fundi* [illegible] *de* [illegible] non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur.

TEXTUS.

De servitutibus rusticis.

Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi, hominis, non etiam jumentum agendi, vel vehiculum. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet: sed qui actum habet, & iter habet, eoque uti potest etiam sine jumento. Via, est jus eundi & agendi & ambulandi, hominis: nam iter & actum via in se continet. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum.

NOTÆ.

Ambulandi) Ire & transire, sive per alienum prædium in suum recta pergere: ambulare, animi gratia spatiari [illegible], eundemque [illegible] ire & redire: quodtamen hic non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obstat *l.* 8. *ff. de serv.*

Non etiam jumentum) Jumento vehi potest, jumentum, [illegible], agere non potest.

Etiam sine jumento) Ex tacita voluntate & sententia constituentis, *arg. l.* 21. *de reg. jur.* secus, si contra expresse convenerit, *l.* 4. §. §. 15. *si serv. vind.*

Via in se continet) [illegible] ut totum partes, *arg. l.* 13. §. 1. *ff. de except.* Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi, &c. *l.* 13. *ff. de servit.* nihilque mutandum in definitione viæ, qua una præcedens utraque recte comprehensa est. De differentiis actus & viæ, v. Cujac. 22. *obs.* 35. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 12. §. 1. *de ser. præd. rust.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse contra Cæpollam.*
2. *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere gestandi gratia paratum?*
3. *Ei, qui actum habet, licere & armenta agere, nec tamen ideo pro jumentum reponendum armentum.*
4. *In definitione actus male D. Hotomannum pro vel vehiculum reponere, non etiam vehiculum.*
5. *An actui insit & iter sine jumento?*
6. *In definitione viæ nihil mutandum; & quid inter viam, & actum intersit?*
7. *De aquæductu quædam observatu digna.*

SErvitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longe plures, quam hic numerantur. D. Donellus 1. *com.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam ut eleganter, & erudite ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur: aut ut prædium nostrum onere, quo intus premitur, exoneretur. Ad primum genus pertinent quatuor hæ, quas explicat Justinianus post Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* secundi generis exempla sunt in §. 2. *instr.* & *d. l.* 1. §. *eod.* tertii, *l.* 3. §. 1. & 2. *eod.* item exemplum, quod proponitur *l. is qui* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula sanas explicat Don. *d. c.* 6. & 2. *seq.*

Iter est, jus eundi ambulandi) Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *leg.* 7. *l.* 12. *eod.* parum enim referre visum est: suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. (1 Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. cap.* 1. *n.* 4. & 5. putat, eum qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lecticæ, quæ a lecticariis gestatur, & currus, quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus, qui iter habet, sed actum aut viam. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, *voetpadt*, *tywelt*, *dreef*, id est, actus.

Ambulandi) Id est commeandi ultro citroque, eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem D. Cujac. 22. *obs.* 35. Baro *hic* Donn. 11. *comm.* 6. (2 Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest, hoc enim personæ voluptatem respicit, non utilitatem prædii, *l.* 8. *de serv.* unde D. Hotomannus verbo ambulandi nihil

aliud hic significari existimat, quam commeationem eo ires prædio, iisve quibus illic morari necesse eit, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut ius aliquod principale & per se, sed ut illius accessionem. Glossa verbum *Ire* refert ad eum, qui vadit solus, *Ambulare* ad eum, qui it cum socio, quod & Cæpolla facit *dict. cap. 1. num. 2.* & sequitur Schneid. *hic num. 11.* Sed si, quod uni concessum est, ad plures porrigimus, gravior fiet servitus: qua ratione Glossam improbat Porcius hic; quamquam sane is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectat ad utilitatem solius prædii, cui iter debetur, ut bene D. Busius ad *l.1. de serv. præd. rust.* VINN. Eodem modo hic junguntur, *ire ambulare*, quo alias *uti frui*, *do lego*, *manus mancipium*, *sarta tecta*, *rupta cæsa*, *usus auctoritas*. Non hæc synonyma, sed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *usus fructus* præclare docuit V. C. Ger. Noodt. *de Usufr. l. 1.* Ire est porro & ulterius pergere, & fere ad negotia persequenda, ambulare & animi, & nullius negotii caussa spatiis factis in eadem vestigia reflectere. Auson. Pompa *de Differ. verb. lib. 1. p. m. 30.* Sensus itaque est, non necessitate finiri servitutem itineris, sed semper ire posse dominum prædii dominantis, sive id negotii caussa faciat; sive voluptatis. Solius tamen voluptatis caussa sibi stipulari jus ambulandi, omnino repugnaret fini servitutum, *l.8. de serv.* HEIN.

Hominis) Atqui diximus, eum qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus homines, qui ministerio jumenti ineundo utuntur, ut caussam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum iter prædii servitus sit, non personæ: respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura mere personalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

Non etiam jumentum agend.) Ita & Ulpian. *l.1. h.t.* & Paul. *l.7. eod.* Hoc autem haud dubie accipiendum est de jumentis, quæ sarcinas portantia aguntur, aut ducuntur. Nam si quis pede ire mallens, in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum conscendat, & eques remeet? *arg. l. 12. eod.*

3 *Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*) *d. l.1. eod.* Jumenti appellatione non continentur boves, identidem relatum & responsum est, *l. ædiles 38. §. jumentorum 4. & 2. seq. de ædil. edict. l. legatis 65. §. antepenult. de legat. 3. l. boves 189. de verb. signific.* Paul. *3. sentent. 6.* Columella quoque boves a jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut *lib. 1. cap. 6. lib. 6. cap. 19.* An igitur ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sane vero. Diserte enim a Modestino scriptum est, actum esse, *ubi armenta trajicere liceat*, *leg. 12. de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, *dict. leg. boves 89. de verb. sign. leg. servis legatis 81. §. armento 3. de leg. 3.* Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum* contra fidem omnium exemplarium. Nam *et ex mente* jumenti vox hic accipi potest, ut & boves complectatur, cum & Isidorus boves inter jumenta referat, *lib.12. cap.1.* & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videtur, sic enim scribit, *l.6. cap.3. Jumenta nomen a re traxerunt, quod nostrum laborem vel onera sua vel trahendo juvarent*. Jumentum igitur ... Quid si dicamus, exempli duntaxat caussa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum*, aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquarum minorum pecorum, quibus proprie gregis, non armenti aut jumenti appellatio convenit, *dict. l. 81. §. armento 4. de leg. 3. d. l. 38. §. 4. de æd. edict. l. 1. §. ultim. de vi et vi arm.*

4 *Vel vehiculum*) Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse, *non etiam vehiculum*. Sed profecto nimis confidenter: non enim hoc tantum loco, verum etiam in multis aliis jus agendi vehiculum actu contineri a veteribus traditum est, *dict. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am.* idemque manifeste colligitur ex *l. 15. §. 1. de accept.* Nam si non actus, sed viæ proprium esset vehiculum agere, non debuit Jurisconsultus liberare eum, qui viam promisit, si stipulator viæ iter & actum tantum acceptum tulerit. At quo argumento convellere conatur, quod tam constanter traditur? Nimirum quia alioqui nulla futura sit inter actum & viam differentia. Sed hoc falsum esse ostendemus in explicatione definitionis viæ. Nihil Hotomannum juvat, quod scribit Pompon. *leg. 13. de serv.* Si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumenti agendi & ducendi vehiculum, ita & actus, sed aliquando illud duntaxat, non hoc, puta si vel expresse convenerit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum est, ut in specie *dict. l. 13. de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plene actum vertunt ἐλατικὴ ὁδόν, VINN. Rem expedivisse videtur Illustris Corn. van. Bynkershoek *Obs. IV. 7.* ubi docet, intelligi vehiculum quod agi solet, vel propelli, vel manu trahi, id est, currum thesauticum. Quod & spatium quatuor pedum postulat, quibus circumscriptum fuisse actum docet Varro *de L. L. IV. 4.* HEIN.

Uti potest etiam sine jumento) Traditur hoc idem & in *d. l.1. eod. l.2. quemad. serv. am.* & verissimum esse docet *l. qui usumfructum 58. & verb. oblig* (5) Ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpianum relatum est *l. 9. §. ultim. de novat.* Falso, si actus tacite non contineret etiam ius eundi sine jumento, sive iter separatum. Neque tamen hoc ita accipimus, quale iter separatum sit de essentia ipsius actus, & sine eo actus consistere aut constitui non possit, sed hoc dicimus, & actu constituto regulariter, & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, *arg. l. non debet 21. l. in eo 110. de reg. jur. cap. cui liceat eod. in 6.* Atque ideo jus agendi duntaxat, non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc, si actus essentialiter etiam iter contineret, quo utimur sine

ju-

jumento, nullius momenti esset conventio, ut actus sit, sine itinere, contra *l.4. §.1. si serv. vind.* Non obstat, quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l.1. de adim.l.* Nam ratio subjecta non obscure arguit loqui Jurisconsultum de itinere; quo necessario utimur in ipso actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia numquam actus sine itinere esse potest. Sed nec iter viri potuit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Plane si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expresse vetuerit ire sine jumento; nullus dubitat, quin utilis sit ademptio, *arg. d.* l. 4. §. 1. *si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris & actus, quæ usus & ususfructus; nam etsi fructui usus inest, & ideo legato usufructu, usus ademptio nulla, *leg.* 14. §. 1. *de us. & hab.* nihil tamen vetat usum a fructu expresse separari, *l.* 5. §. 1. *usufr. quem cav.* Hic jam liquet, quid de judicio & usu Ant. Fabri sentiendum, qui *l.1. conj. cap. ultim.* verba hæc, *eoque uti potest, etiam sine jumento*, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblema imperiti interpretis. Conf. Don.11. *comm.* 6. Duar. 1. *disp.* 31. Bachov. *hic & in* Treut. *vol.* 1. *d.* 1. 11. *thes.* 4.

Via est jus eundi, agendi, ambulandi) Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est, ex itinere & actu essentiali et via constituitur, *arg. l.* 13. §.1. *de accept. l.9. si serv. vind.* ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi, quod & curiose ab Ulpian. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* & Justinian. hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos, Connan. 4. *comm.* 11. & Don.11. *comm.*6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro 4. *de ling.* a *vehendo* deducit, (6) & analogia præcedentium definitionum: nam sic bis idem diceretur, cum verbum agendi etiam vectionem contineat, *l* 4. §.1. *de serv.* Quid igitur amplius est in via quam in actu? Primum hoc quod via etiam iter in se κατ᾽ἰδίαν contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit: in quo specifice differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l.13. de serv.* Item quod qui viam habet, vel iter & actum separatim, vel utrumque simul iter & actum, vel uno verbo viam vindicare potest: qui vero actum habet, non potest neque iter separatim, neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare. Cujac. 22. *obs.* 35. *fac. l.* 11. §. 6. *de except. rei judic.* Sunt & aliæ quædam differentiæ, sed minus principales: nam qui viam habet, etiam lapides & tigna trahere, & rectam hastam ferre, modo ne fructus lædat, potest, quod ei, qui actum habet, non licere plerique existimaverunt, *leg.* 7. *de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui: illud omnino ex accidenti est, quod actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.8. l.13. §.2. eod.*add. D. Bas. *ad l.1. eod.* Tuld. *comm. hic* 11. VINN. Nihil verius, quam in definitione viæ pro *eundi* legendum esse *vehundi*. Alias nullum esset inter viam & actum discrimen. Vide sis Viri Summi, Corn. a Bynker.*Obs.* 4. 7. HEIN.

Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum) *L. dict.* 1. *eod.* Id fieri solet vel canalibus, sive tubis, aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, *l.1. §.2. de riv.* Ducitur autem aqua aut publica aut privata. Publicam ducere, puta ex flumine publico, cuique licet: nisi Imperator aut Senatus vetent, aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile, vel ex eo aliud navigabile fiat, *leg.* 2. *de flum. l.10. §. ultim. de aqua pluv. arc.* aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit, *d. l.1. §. non autem* 12. *de flum.* Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex aliquo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permissu Principis, *leg.1. §. permittitur* 41. *&* 2. *sequent. de aqua quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam, sive fontis, sive fluminis, sive putealem, non tantum eorum, quorum in loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos ejus aquæ usus pertinet, voluntas exquirenda est, id est, eorum quibus servitus aquæ debetur: quippe cum hic agatur de jure eorum minuendo, quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari, *leg.* 8. *de aq. pluv. arc.* junct. *l. ultim. Cod. de æd. privat.* Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta a domino illius fundi, *leg. quemadmodum* 29. §.1. *ad leg. Aquil. l.2. Cod. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæductu alteri commodare, nisi id nominatim convenerit, *leg. ex meo* 24. *l. cum essent* 31. §.1. *de serv. præd. rust.* Item jus hoc ad certum usum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocumque duci possit; non fundi, sed personæ jus erit, *leg. pen. eod. l.1. §. præterea* 12. *de aq. quot.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l. Labeo* 10. *eod. hoc tit. l. ult. si serv. vind.* add. Wes. *par. h. t. num.* 2. Pet. Greg. 4. *syntagm.* 13. Tuld. *commen. sup. de rer. div. cap.* 11. fuse Cæpoll. *de serv. rust. cap.* 4. Christin. *vol.* 5. *decis.* 83.

T E X T U S.

De servitutibus urbanis.

1. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ, quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat; & ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.*

N O T Æ.

1. *Item urbanorum*) Ex Cajo *L.* 2. *P. V.* ubi & aliæ add. *l.1. l.3. 4. 15. 16. eod.*

Onera vicini) Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat; & hic tu, cujus ædes serviunt columnam reficere debes, *l.33. dict. tit. l.6. §. 2. si serv. vind.* qua parte servitus hæc spuria, *leg.* 15. §. 2. *de servit.*

Vel non recipiat) Aut meo jure stillicidium non recipio, aut Jure servitutis: meo jure, si non lege civitatis cuique permissum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permissum stillicidia

sua

sua in alienum avertere. Ita melius quam Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, disce ex *l.* 20. §. 3. *& seq. de serv. urb.* Varr. *lib.* 4. *de lingua cap.* 5.

COMMENTARIUS.

1. *Verum non esse, quod quidam tradunt, sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*
2. *Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, nunquam loco distingui, sed genere, usu, fine.*
3. *Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi? item inter jus projiciendi, & protegendi?*
4. *Quid stillicidium, quid flumen?*
5. *De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum avertendorum, tum non avertendorum.*
6. *An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se?*
7. *Confutatur late sententia Bachovii contendentis, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eamdemque servitutem.*
8. *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*
9. *Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum; & ait Imp. eas esse, quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sunt: quod & alibi sæpe traditum, *l.* 1. *com. præd. l. urbana familia* 166. *l. urbana prædia* 198. *de verbor. signific.* Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non a loco sumitur, sed a materia vel genere prædii, *dict. l.* 1) Sunt qui a fine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ putata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri ædificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, Cæpoll. *de serv. urb. cap.* 11. *num.* 2. Mynf. WVes. Vult. *hic* Broch. 1. *ass.* 95. Sed hoc recte, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui forte ad grana a paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, *leg. ultim.* §. 1. *Cod. de servit.* cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæ servitutes utique urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amittendo omnia eadem, idem juris effectus in oppignorando, novo opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius *l.* 2. *de serv. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini*. Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella *de re rust. lib.* 1. *cap.* 6. & Palladio *l.* 1. *c.* 8. At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus, appellatione prætorii non tantum villam urbanam, sed aliquando etiam rusticam & fructuariam quoque significari, ut putat D. Gœd. eo quod Ulpian. *d. l.* 198. *de verb. signific.* distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis adnumerat, videtur addidisse, *voluptati tantum deservientia*, nemo tamen tam ineptus est, ut putet, Neratium *dict. l.* 2. *de serv. præd. rust.* prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servituti protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? Nimirum quia ille arbitrio solo loquitur, non considerato juris effectu. 2 Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum prædia eorumque jura dupliciter considerari posse, vel simpliciter, qua consideratione nihil prohibet ea loco distinguere, quod fecit Neratius; vel cum effectu juris, qua consideratione loco nunquam distinguuntur. Cum quæritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non item in invectis a colono in prædium rusticum, *lib.* 3. *leg.* 7. §. 1. *in quib. cap. pign. tac.* urbana prædia accipimus etiam tabernas, stabula, quæ non sunt in continentibus edificiis, vel ipso Neratio teste *dict. l.* 4. §. 1. aliaque meritoria in villis & vicis. Villa autem fructuaria & habitatio villici in hac causa prædia rustica habentur, *arg. dict. l.* 198. *de verb. signific.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarium aut minorum 25. annis, quæ si rustica sint aut suburbana, oratione Severi sine decreto prohibentur alienari, *l.* 1. *de reb. eor. qui sub tut.* (quod constitutione Constantini ad urbana quoque prædia postea extensum est, *l.* 22. *C. de admin. tut.*) prædia a fine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus hortos olitorios, & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causa & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur, ut & horti ædificiorum, unde nihil, aut parum reditus, & multo magis area, *dict. l.* 198. *de verb. signif.* quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, Cujac. 7. *obser.* 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distingui possunt; at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignorandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter *l.* 1. *l.* 1. *l.* 6. *de serv. præd. urb. l.* 6. *leg.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 11. §. *ultim. & l. seq. de pign. l.* 5. *& belle* 9. *l.* 14. *de nov. op. nunc.*) loci ratio nulla habetur: sed quæ ædificiis inhærent, urbanæ: quæ locis puris, rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ædificiis vacua subjectum urbanarum; hinc factum est, ut in proposito ædificia omnia, etiam quæ in villis & vicis sunt sive ad usum urbanum, puta ad habitandum, ad viatores recipiendos, aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum, ad fruges condendas & custodiendas, ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distincte & lucide. VINN. Ita facile intelligitur quod scribit Paulus *leg.* 3. *ff. de serv. Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt*. In fundo servitutes prædiorum rusticorum *lib.* 13. *ff. de serv. præd. rusticor.* In superficie servitutes prædiorum urbanorum, *l.* 20. *ff. de serv. præd. urb.* Nulla enim servitus prædii rustici utilitatem præstat ædificio, sed fundo: nulla urbana fundo, sed soli ædificio. Interim & ædi-

ficia

fieri quendam rustica dici posse, si soli usui œconomico destinata sint, certum puto, est ex *l.* 198. *ff. de verb. sign.* & locis Columellæ & Palladii, ab ipso auctore allegatis. HEIN.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ) Et longe etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id quod diximus, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. *comm.* 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes, partitus est ex triplici earum fine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immittendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorum commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur: quædam denique ad ædes exonerandas, cujusmodi sunt jus cloacæ immittendæ, fumi immittendi, fluminis & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit, digito saltem hoc indicare.

Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere) Proponuntur hæ servitutes, ut species diversæ; & sane differunt gradu: In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius, *l. etiam* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam, aut parietem, cui oneri ferendo est, reficere tenetur, & idoneum oneri sustinendo præstare, *l. eum* 33. *de serv. præd. urb.* qua parte servitus hæc degenerat & spuria esse censetur: quippe cum contra naturam servitutum non sit, ut quis cogatur aliquid facere in suo, *l.* 15. §. 1. *de servit.* Qua ratione quoque jam olim Gallus putabat, non posse ita servitutem imponi, ut quis & onus ferret, & parietem reficeret. Sed obtinuit Servii sententia contendentis posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est, per consequentiam recipiendum esse jus, quod principaliter agitur. Agitur autem hoc, ut jus sit ædium mearum, onus in parietem vicini immittere: quæ servitus vix consistere potest, nisi paries reficiatur, & idoneus habeatur oneri ferendo. VINN. Ita fere omnes hanc servitutem vocant *spuriam*, *anomalam*, *irregularem*: nescio an satis bene. Non videtur veteribus dubium fuisse, dominum prædii dominantis ordinarie debere parietem reficere: sed de eo disputarunt, an ejusmodi pactum iniri posset, & dominus prædii servientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus, quia esset contra naturam servitutis: sed adfirmabat Servius, cujus sententia prævaluit, ita explicata a Labeone, ut quia non homo, sed res serviat, liceat domino parietem derelinquere, *l.* 6. §. 2. *ff. si serv. vindic.* Servii itaque sententia non in universum statuit, parietem reficiendum esse a domino, sed tunc reficiendum esse, si hujusmodi pactum intercesserit, quale est illud: paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit, *l.* 33. *ff. de serv. urb. præd.* HEIN. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *l.* 1. & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream vicinam, hoc est, ita procedere supra solum vicini, ut nusquam requiescat præterquam in pariete nostro, sive in suo ædificio supra id projectum ponendi causa, sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid sublicandi causa, puta meniani aut suggrundæ, *dict. l. etiam* 242. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur, aut arcendos imbres a pariete, protectum in specie appellatur, *d. l.* 1. & 2. *hoc tit.* ita protectum a suggrunda distinguitur in edicto *de his qui deji. vel effud. l.* 5. §. *prætor ait* 6. Crassus error est eorum, qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias, Cæpoll. *cap.* 32. *de serv. urb.* Nulla enim talis servitus constitui potest, quæ quidem prædii sit, *l. foramen* 28. *h. tit.* Atque hunc errorem quoque notat Coras. 3. *misc. ult. num.* 8. & 9. Cæterum alium ille enarrat *num. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

(4) *Ut stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat*) Hæ eædem servitutes sunt, quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est, cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit, *Drop.* flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur; *Vaterloop.* Varo. 4. *de ling. cap.* 5. Paul. *l. servitutes* 20. §. 3. & *seqq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur, qua vicinus ferre cogitur, ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes cadat; fluminis vero, qua pati cogitur, ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur: unde hæc quam illa gravior, & proinde Paul. *dict. l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. ait *stillicidium inferius demitti non posse, ne gravior fiat servitus, & pro stillicidio flumen: altius tolli posse, quia levior ea modo fiat, cum, quo ex alto, lenius cadat & interdum viventi direptum non perveniat ad locum servientem.* (5) Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus, ut ostendit *hic locus* & *l.* 2. *cod.* una avertendi, altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, *d. l.* 2. & *hoc text.* Stillicidia non avertendi jus est, quo vicinus stillicidium ædium suarum in aream vel cloacam vicini avertere prohibetur, aut non tenetur vicinus stillicidium vicini in suum recipere. Sane quidem jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere, ne stillicidia sua in nostrum immittat. Cæterum sicubi constitutio ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua obversa habere in alienum, vicinique jure publico ea recipere cogantur: hic, si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est, ut id jus vicinus nobis constituat, suæque rei hanc servitutem imponat: quod quamobrem & quam recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi servitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel consuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita recte Don. 11. *cap.* 5. Bocer. & Tuning. *hic*. Aliis vero servitus stillicidii aut fluminis non avertendi est, quia vicinus avertere cogitur stillicidium, aut flumen ædium suarum in aream vicini, ut aqua in cisternam ejus recipiatur, vel hortum irriget: qua constituta, agi possit cum domino ædium servientium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut tegulas, canalesque aut tubulos, per quos aqua labi-

labitur, suis expensis reficiat. Cæpoll. cap. 26. & seq. de serv. urb. Pet. Greg. 4 syntagm. 9. num. 7. Sed hoc minus placet: quia non pro commodo, sed pro onere passim habetur, stillicidium aut flumen alienum recipere: & præter naturam servitutum est, ut quis aliquid facere cogatur in suo.

Et ne altius quis tollat ædes suas) Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. *Aristo* 5. *si serv. vind.* eique consequens sit, posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædesve antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet; lumina ejus obscurando, quod & traditum est *l.* 9. *l.* 14. *l. cujus* 24. *de serv. præd. urb. l.* 8. *Cod. de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest, quam si a vicino impetremus, ut hanc suis ædibus servitutem imponat, ne altius tollantur, qua imposita, si nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agam, jus ei non esse ædes suas altius tollere; quæ intentio actionis confessoriæ, qua servitus hæc quæ dicitur altius non tollendi, vindicatur, licet verborum figuram videatur negatoria, *l.* 4. §. *ultim. si serv. vind.* Crebra est hujus servitutis mentio, ut in *l.* 2. *l.* 12. *de serv. præd. urb. d. l.* 4. *ult. l.* 7. §. 1. *com. præd.* Hic autem magna oritur difficultas. Nam si cuivis liceat ædes suas extollere, idque naturaliter & jure libertatis rei suæ: ut nulla in eam rem opus sit constitutione servitutis, quo fit, quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas & servitus. Et si non liceret altius tollere, servitutis est; licere altius tollere libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin Veteres non minus jus altius tollendi quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis a Paulo *l.* 1. *de serv. urb. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* a Cajo *l.* 2. *de serv. præd. urb.* Neratio, *l.* 2. *de serv. præd. rust.* Justiniano §. 2. *inst. de act.* Tota vero difficultas in ea est, ut exempla proferantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt quæ afferuntur a Glossa, Bart. & DD. *in l.* 2. *de serv. præd. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ a Gloss. Dyn. Jas. & aliis *ad* §. 2. *inst. de act.* aut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto, quod Cujac. Wes. *in d.* §. 2. & Vult. 1. *disp.* 5. contendant, jure servitutis constitutæ ædes altius tolli, cum antea concesso aut longa quasi possessione quæsito contra vicinum jure altius non tollendi, rursus ei altius tollendi potestas conceditur. Hoc enim casu perinde res in pristinam libertatem redit, ac si pacto servitus remissa esset, ut eodem loco abunde ostendimus. Primus veterum interpp. Jo. Faber in *d.* §. 2. rem vidit & digito monstravit, præeunte tamen Glossa, *in l. qui luminibus* 11. *de serv. urb. præd.* ut observavit Cæpolla & explicuit *cap.* 26. *num.* 2. *serv. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores Zas. Barr. Mynf. Don. Fabri vestigiis insistentes, sic rem proponunt & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse jus libertatis nostræ, & licere cuivis civi, & publico jure quam altissime ædes suas tollere, etiamsi obscurent vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hactenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminis* 11. Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad x. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat a vicino impetrandum esse. *l. pen.* §. 1. *Cod. de ædif. priv.* eoque concesso, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impetratum & constitutum a vicino, quod vindicetur hac formula confessoria, *Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te*, *d.* §. 2. *inst. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque Auctoribus, & textibus juris nostri demonstravi, etiam in ipsis urbibus in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli, jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit, Jureconsultos ad statum illum respicientes jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quod certo statu ædificiorum constituto, hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit, & nec vi, nec clam, precario; possederit, *l.* 1. *Cod. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium facesseret Bachovius, qui in not. *ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *thes.* 2. *in comm. ad hunc* §. 1. & §. 2. *infr. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit contendens, Jus altius tollendi & altius non tollendi, non duas, sed unam eamdemque servitutem esse, quæ aut diversa consideratione diversis nominibus appellatur, atque ex parte servientis adhærentis dicatur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi, aut potius jus altius tollendi improprie servitutum numero adscribi, atque ita appellari tantum respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contra ædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expungendum esse, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. (7) Satis hercule confidenter: videamus quam vere. Cajus *l.* 2. *de serv. præd. urb.* ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur: *Jura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*; deinde subjungit, *aut non extollendi*. Hic, si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum duntaxat, altius non extollendi, quod solum sit servitus. Pauli *leg.* 7. §. 1. *comm. præd.* hæc verba sunt: *Servitus alienis ædibus imponi potest, ut altius tollere vel non tollere liceat*. Hoc Bachovius sic accipit, quasi alterum tantum Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto si hoc Bachovio concedimus, summæ inscientiæ insimulamus Jureconsultos, qui ex uno Jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei tam aperte opponant. Itaque, ut evidentius demonstremus errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per se servitutem numquam esse, sed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum, cujus ædibus imposita sit servitus altius non tollendi; propterea quod hac servitute mihi constituta jus altius tollendi, quod per se quidem semper sit libertatis, sed inutile mihi alias reddi vicino contra ædificante poterat, nunc pleniore jure, & effectu consequor. Hoc vero falsum esse ostendunt quotquot sunt loci, in quibus altius tollendi inter servitutes numeratur, ut in *l.* 2. *de serv. præd. rust. de leg.* 2. *de serv.*

serv. præd. urb. dig. l. 7. §. 1. comm. præd. §. 2. inst. de act. l. 1. Cod. de serv. & aqua. Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutem dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo: sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure impediti pati cogitur. Hoc enim ipsum, licere altius tollere, & officere luminibus vicini, jus prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus, cui id facere liceat, servitus respectu vicini, qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula, *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere*. Quæ & vi & verbis confessoria est, *dict. §. 2. inst. de act.* Idque evidentissime confirmatur, *d. l. 1. C. d. de servit.* quo loco cum quæsitum esset, an in eum, qui contra veterem formam ædificasset, ut luminibus vicini officeret, competeret vicino actio negatoria, qua intenderet, jus non esse adversario ædes ita sublatas habere; respondet Imp. competere: sed addit hanc exceptionem: *nisi quis longo tempore ita ædificatum habuerit*. Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutis. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quæsitum servitus est, nobisque defendi & actione confessoria vindicari potest; idem quoque jus pactionibus eodem modo constitutum servitus erit, non jus libertatis, eoque nomine confessoria, non negatoria agendum. Miror autem judicium Bachovii, qui his argumentis probari existimat, jus altius tollendi pro jure impositio aut servitute censeri non posse. Primum quia servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiatur. Secundo quia omnis servitutis efficit, ut prædium serviat: at ædes, quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremo quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est πρῶτον ψεῦδος ὅ γεννᾷ τὸν ἔλεγχον. Nam non quæritur, an jus altius tollendi contra præscriptum modum sit servitus in eo, cui id jus concessum est, hujus enim respectu jus est, quod servitutem facit nihil minus quam servitus, & omnis servitus est in alieno: sed hoc, an non in eo, qui jus hoc alteri constituit, servitus sit, an non ille pati aliquid cogatur in suo, videlicet luminibus suis officii, quod antea pati jure publico non cogebatur; an non ille ex pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædii minuat, alterius augeat. Hoc vero est, quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnunquam esse jus libertatis nostræ, nonnunquam impositicium seu servitutem: active respectu ejus cui debetur; passive in eo qui debet. Utrum autem horum sit, ejus rei dijudicationem pendere ex eo, quod cuique jure publico in suo facere ædificando liceat, aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat. His verbis non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed finis propositæ: est enim hic præcipuus finis servitutis altius non tollendi, ne luminibus nostris officiatur, qui ob id etiam peculiari nomine exprimi solet, *leg. 2. de servitut. urban. leg. 2. de servitute rusticorum* quamquam & alius sit ejus præstat, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiatur, late accipiendum est: ut officiat altius ædificando, non etiam alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedatur a libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiatur, quam in illa, ne ædes altius tollantur, *l. 12. l. inter 15. & 2. seq. de serv. præd. urb.* A servitute ne luminibus officiatur, parum differre videtur servitus, quæ luminum dicitur, atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum, quæ jam sunt *l. 4. eod.* Nisi forte dicendum sit, in servitute luminum hoc minus esse quam in altera: quod qui hanc debet, altius ædificare non prohibeatur, aliaque facere, modo tantum luminis vicino relinquat, quantum ad usum diurnum sufficiat: qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur, nihil omnino facere possit, quo lumen minuatur, etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *dict. l. 4.* probata a Cæpoll. *cap. 35. de serv. urb. arg. d. l. inter 15.* & eodem teste communiter recepta. Aliter Cujac. 1. *obs.* 13. & Duar. 1. *disp.* 33. servitutem luminum accipiunt, nimirum jus luminum nostrorum in alienum immittendorum, quo efficiatur, ut liceat nobis aperto pariete nostro fenestras in eo positas habere luminis excipiendi gratia. Sic enim illi interpretantur, quod Paulus scribit *d. l. 4. Luminum servitute constituta, id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verum hæc sententia impingit in notissimum illud juris principium. *Unumquemque in suo quidvis facere posse, vel cum incommodo alterius, modo in alienum nihil immittat, l. 8. §. Aristo. 5. si serv. vind. l. 9. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv. & aq.* Neque enim in alienum quicquam immittit, qui suum parietem aperit, & in eo fenestram ponit: proinde suo quisque jure facere potest: licet id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui a Cujacio & Duareno his affingitur, sed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in suo, quo lumina præcludantur: quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, *l. 9. de serv. præd. urb.* Immo vero, inquiunt, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis; immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis; *μηδὲν διαφέρειν ἢ τοὺς πόδας ἢ τοὺς ὀφθαλμοὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι*, auctore Plut. *l. περὶ πολυπραγμ.* Ego vero judico, hanc objectionem indignam esse tantis viris, nec debuisse eos, quod a Xenocrate figurate dictum est in homines curiosos, qui se ubique contra rationem officii ingerunt, abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* Quia aperte loquitur de pariete communi, in quo constat nihil licere facere invito socio, l. 8. *l. quidam 13. l. in re 26. eod. l. Sabinus 28. com. div.* Illud constat, diversam esse a superioribus servitutem prospectus, seu ne prospectui officiatur: nam servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiatur ad gratiorem prospectum ac liberum, & cum lumen tantum sit ex loco superiore, prospectus ex locis inferioribus esse potest, *l. 3. l. 12. l. 15. & seq. de serv. præd. urb.* Sunt qui putant, etiam servitutem prospectus ut diversam gradu a servitute ne prospectui officiatur, distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione, qua præcedentes luminum, & ne luminibus officiatur. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetamur fenestram facere, unde directo proxime & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spatio, quo distare hujusmodi fenestræ a pavimento vel tabulato debeant.

TEX-

T E X T U S.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

N O T Æ.

2. *Pecoris ad aquam appulsum*) Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur & emendatur locus Ulp. in l. Mala, 14. §. ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio postulabat, ut huic §. protinus subjiceretur principio hujus titul. dilata tantisper tractatio servitutum urbanarum, cum a rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est, ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus, quasi temetum, cum hæc scriberet, bibisset: nullumque eo protervriæ processisse etiam viros cætera incomparabiles. Verum age: Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo, vel fonte vicini, ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet, iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit, sive hauriendi tantum. Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Cæterum ex flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedi debet, *l.3. §.ult. de serv. præd. rust.* Cæp. *c. 7.* Pecoris ad aquam appulsus est jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fructuum fundi causa habentur, ad aquam alienam. Utrumque autem hoc jus passim refertur inter servitutes prædiorum rusticorum, *l.1. §. 1. leg.2. §.1. l.3. ult. l.4. l.6. in fin. de serv. præd. rust.* 1) Cæterum objici solet responsum Ulpiani *l. Mala* 14. *§. ultim. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, si ullus in libris nostris manifeste corruptus est, idque cuivis qui modo propius eum consideret, facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio. Primum quia mendose interpunctus est: deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est; *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus; personæ tamen eius, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur*, vel detracta privativa, *utiliter*. Nisi etiam ita legamus, *ur∂ιναγμ...* Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habeat: respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare, quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque recte relinqui, quantumvis tale sit quod regulariter jus prædii censetur. Argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituantur: non utique ut jura prædii, sed personæ, quod etiam toties actum intelligitur, quoties res gesta est inter duos, qui vicina prædia non habent; qua de re monuimus in explicatione rubricæ sub finem. VINN. Hæ servitutes modo sunt personales, modo prædiales. Personales, si non in usum vicini prædii, sed personæ constituuntur: prædiales, si vicino prædio inserviunt. Id liquidum ex *l.4. ff. de serv. præd. rust.* Hinc tolerari possunt verba Ulpiani in *lib.10. ff. de alim. legatis: Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ.* pro *tamen* autem legendum videtur *nam nec*. *Nam nec ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*. Ita verba præclare quadrant speciei, quam ibi tractat Ulpianus. HEIN.

Pecoris pascendi) *ff. l.1. §.1. l.3. princ. l.4. eod.* servitus pascui dicitur, *l.6. in fin. eod.* Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurium commune est, Jus compascui appellatur, *leg.pen. §.1. si serv. vind.* Hinc ager compascuus, in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *compascuus*. Cic. *in Top. cap.3. si compascuus est ager, licet compascere*. Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi causa pecora habeantur, *dict. l. 4. eod.* quod ita sit, si sint boves aut jumenta, per quæ fundus colitur, *dict. l.3 in princ.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, *l.5. eod.* Idem tamen dicendum erit, si oves sint, aut vaccæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utantur. Qui servitutem pascui habet, aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat, ut si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat, *dict. l.6. in fin. eod.* De jure pascendi, late Cæp. *cap. 9. de serv. præd. rust.* Schn. *hic num. 28. & seq.*

Calcis coquendæ, arenæ fodiendæ) *ff. l. 1. §. 1.* item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi, *d. l.3. §.1. & 2. l.5. l.6. eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, eo pertinent, ut quid ex alieno sumere liceat, quod transferatur ad usum prædii nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur, quod confertur in familiam rusticam & pecora, quæ fundi colendi causa habentur, *d. l.3. in princ. l.4. l.5. & 6. eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit, quod pertineat ad fructus prædii nostri exprimendos meliusve habendos, placet, etiam eius rei servitutem prædialem recte constitui; quasi ad prædii utilitatem & hoc pertineat, quod pertinet ad fructus commode ad usum habendos, quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Hujus generis sunt jus præli sive torcularis, ut mihi liceat uvas vineæ meæ aut olivas oliveti exprimere in tuo; jus area tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactiones habeantur; *l.14. §.ult. de alim. l. 3. §.1. de serv. præd. rust.*

T E X T U S.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt?

3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim* [illegible]

servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium, nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.

N O T Æ.

3. *Ideo hæ servitutes)* Ex Ulp. *l.1. §.1. l.6. com. præd.* *Nisi qui prædium habet)* Nam & a prædiis debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet, *l.5. §.1. serv. præd. rust. l.25. de serv. præd. urb.* ut tamen inter medium prædium non efficiat, si non impediat usum servitutis, *l.7. §. ult. de serv. præd. rust. l.1. præd. urb. l.1. præd. urb. leg.7. §. 1. comm. præd.*

COMMENTARIUS.

AGitur hic de subjecto, sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & a quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt: sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles tantum, sive rei soli, quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes, quæ servitutem debet, sive id, cui debetur: utrinque prædia esse necesse est: hic ut sit, cui imponatur servitus, illinc ut sit, cui acquiratur, unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem non potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædii dominus sit, *leg. 1. §.1. l.6. comm. præd.* & *hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis, quam acquirentis, *l.1. §.ult. de superf. l.1. §. 1. si ag. vect.* Cæterum his obstare videtur quod traditur *l 10. de serv. præd. rust. l. si servitus 23. §.1. de serv. præd. urb.* futuro quoque ædificio, seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, siquidem ejus ædificii, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussorem dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l.6. §. ult. de fidejuss. §. 3. inst. eod.* non quidem hoc effectu, ut antequam reus debeat, fidejussor conveniri possit, sed ut demum fidejussio vim suam exerat, cum principalis obligatio, cujus illa accessio est, fuerit subsecuta, *l. fidejussor 57. eod. t.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubricis.

T E X T U S.

Quibus modis servitus constituitur?

4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento hæredem suum damnare, ne altius tollat ædes suas, ne luminibus ædium vicini officiat: vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidium adversus eum habere; vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.*

N O T Æ.

4. *Pactionibus)* Idoneis ad dominium transferendum: Non solis autem pactionibus servitutes nostræ fiunt, *l.3. de cl. & act.* sed tunc, cum secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l.ult. ff. de serv. l.1. in fin. serv. præd. rust. l.11. §.1. de Publ. in rem act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores: modus acquirendi & causa proxima traditio, *§.40. sup. de rer. divis. l.20. C. de pact.*

COMMENTARIUS.

1. *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque acquiri servitutem posse.*
2. *Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem repræsentet.*
3. *Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.*
4. *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur?*
5. *Explicatur latius, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est num. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.*
6. *Quibus modis servitutes amittantur?*

FAdo Myns. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas, non materiæ ex qua, sed causæ efficientis rationem habent, cum sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus dignusque, in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædii a lege non constituitur: sed potest re exigente a judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ, & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis, unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alterum servum faciente, *l. item Labeo 22. §. 3. famil. ercisc. l. ut fundus 18. com. div.* Extra hunc casum a solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. (1) De domino jam aliquid dictum § præc. addo nunc, hoc etiam exigi in constituente, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa; communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere posse, *l. 2. de serv. l. unus 34. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l.6. §.1. l.ult. comm. præd. l.11. de serv. præd. rust.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut qui ante cessit, vetare me uti jure cesso non possit. *dict. l.11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutem potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §.1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd.* & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, *dict. l.6. §. 1. l. ultim. eod.* Constituitur a domino servitus duobus modis, conventione, & ultima voluntate, *l.5. de serv. l. pen. 36. comm. præd.* & *hoc text.* (2) In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio, *l. numquam 31. de acquir. rer. dom.* & traditio, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. de Publ. in rem. act. l. pen. l.3. in princ. de usufr.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat, *l. traditionib. 20. Cod. de pact.* ita nec per se sufficit ad

acqui-

acquirendam servitutem, *leg.* 3. *de obl. & act. dict. l.* 11. *de Publ. in rem. act.* Olim hic frequens erat cessio, *l. nemo* 39. *de servit. præd. urb. l.* 3. §. 2. & 3. *l.* 11. *per quem* 14. *de servit. præd. rust. leg. ultim. comm. præd.* & videtur ea necessaria fuisse in constitutione servitutum, quæ in eo consistunt, ut dominus aliquid non faciat in suo; puta ne ædes altius tollat; ne luminibus vicini aut prospectui officiat. Nam ejusmodi jura quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video; aut sane inductio in prædium hic etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate servitus constituit, cum ea alicui testamento legatur, *tit. de servit. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutem, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. si partem* 19. §. 1. *quem serv. am.* Neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem, & legatam per damnationem vid. *notata* §. 1. *tit. seq.* Modus per usum ac possessionem nostram servitutem capiendi duplex. Unus communis cum usucapione rerum corporalium, si quis eam a non domino, quem dominum existimabat, constitutam per tempus legitimum continenter possederit, *l. ult. in fin. Cod. de præsc. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, cæterum nec vi, nec clam, nec precario, id est domino prædii servientis sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l.* 10. *si serv. vind. l.* 1. *in fin. de aquæ pluv. ar. l.* 1. & *l.* 2. *Cod. hoc. t.* ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis fiunt possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est a non domino, *inf. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præsc. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine usucapione acquireretur. Sententia communis, a quo frustra recedit Div. Duar. 1. *disp.* 34. add. D. Christin. *vol.* 3. *decis.* 177. *num.* 4. & 5. & nostra *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 31.

Pactionibus & stipulationibus) His verbis putandum non est, a constitutionibus servitutum excludi traditionem: sed eodem modo, ac sensu hic accipienda sunt, quo accipi constat, cum ususfructus similiter dicitur pactionibus & stipulationibus constitui, §. 1. *tit. sequ.* nimirum non ut significetur id quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrentur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id vero non est pactio aut stipulatio, sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt, non modi acquirendi, §. *per traditionem* 40. *sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa, propter quam traditio secuta sit, *leg. numquam* 31. *de acquir. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutis traditionem necessario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *leg. traditionib.* 20. *leg. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ acquirendi remotiones; sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & causa proxima, uti & cum ususfructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientiam, *l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem. act. leg.* 1. *in fin. de serv. præd. rust. l.* 3. *de usufruct.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, Div. Bachovium in ea esse hæresi ut existimet, nudis pactionibus & promissionibus solis servitutes prædiales plene perfecteque constitui, atque acquiri citra ullam traditionem aut cessionem: ac proinde etiam statim ut in conventionem deductæ sunt, actionem in rem competere. Quo quidem ego nihilum unquam audivi, quod a ratione & auctoritate juris magis abhorreat. In toto enim jure modi acquirendarum obligationum distinguuntur a modis acquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint, sive servitutes. Modi, quibus obligatio quæritur, sunt contractus & conventiones, quibus dominum rei in obligationem deductæ, traditiones, & in rebus incorporalibus ea facta, quæ traditionem diximus repræsentare. Si igitur stipulanti mihi viam aut iter promiseris, ex hac conventione non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio duntaxat & actio personalis ex stipulatu, quam intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere*, *l.* 2. §. 1. & 2. *de verb. obl. si unus* 19. *de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cum conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *leg. ultim. de serv. leg.* 1. *in fin. de servit. præd. rust. leg.* 11. §. 1. *de Publ. in rem. act. leg.* 3. *de usufruct.* Denique definitio tradita, *leg.* 20. *Cod. de pact.* traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferri, generalis est, nunc minus ad servitutum, quam rerum corporalium acquisitionem pertinent, *leg.* 3. *de obl. & act.* quo loco diserte de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæsitam nobis ex contractu obligationem nostram non fieri, sed tantum debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est, quod Bachovium moverit in contrarium? Primum, quod hic ait Justinianus, pactionibus & stipulationibus servitutes constitui. At idem de ususfructu quoque dicitur, §. 1. *tit. sequent.* ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinian. *leg.* 4. *de serv.* scribit, servitutes ipso jure, neque ex tempore, neque sub conditione constitui posse, cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutem pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessario sequeretur, servitutem per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si Jurisconsultus dixisset, servitutemque ex tempore, neque sub conditionem promitti posse. Vitiosa plane collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutem. Qui promittit, actu nihil juris in rem alteri constituit, nihil dat, sed obligat se ut det. Nec potest ulla excogitari ratio, cur minus servitutes quam res cæteræ ex die aut sub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti possint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quævis est harum adjectio, §. 2. *inf. de verbor. obligat. leg. cedere diem* 213. *de verb. signif. leg. existimo* 98. *de verb. obligat.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæsita prædio, §. *præced. l.* 1. §. 1. *com. præd.* Quid vero Papinianus? Non ait, servitutem ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditionem; id est, ut recte Jo: apud Accurs. sic constitui, ut statim sit con-

constituta & prædio acquisita, sed adjecta die aut conditione, in qua usus servitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur: nam cum servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest. quin a domino prædii jure vindicetur, *l. 1. si serv. vind.* Cæterum ex æquitate juris prætorii est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutem desiderari posset, id esse solum usum ejus, cui constituitur, & patientiam constituentis: quibus sane in specie a Papiniano proposita locus esse non potest, cum sint contradictoria, usu servitutem constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam ante ostendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem: qua cum Veteres fere semper usi sunt in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est, sola conventione constitui & imponi non potuisse, add. Connan. 4. *com.* 8. Donn. 8. *comm.* 19. Paul. Bus. *ad. d. l.* 5.

Hæredem suum damnare, ne alius tollat, &c. vel ut patiatur, &c. Hæc descripta sunt ex Cajo, *l. potest. 16. com. præd.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat, contrarium enim docet *tit. de serv. leg.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendo positæ sint, per vindicationem legari posse videntur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollat, ut patiatur*, expressit naturam & substantiam servitutum, quæ duarum harum rerum consistit in altera, velut dominus aliquid in suo non faciat, vel ut aliquid in suo fieri patiatur, *leg. quoties 15. §. 1. de serv.* de quo dictum sub *rubr.* VINN. Recte suspicatus est Vinnius noster, servitutes omnes legari potuisse per damnationem: non omnes per vindicationem; sed fallitur dum hanc differentiam quærit in distinctione servitutum adfirmativarum & negativarum, quum eam facilius reperire potuisset in servitutum prædiorum rusticorum & urbanorum discrimine. Per damnationem omnes res legari poterant, etiam quæ non erant testatoris: per vindicationem non nisi eæ, quæ ex jure Quiritium testatoris fuerant. Ulp. *Fragm. tit.* 24. §. 7. 8. Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant solæ servitutes prædiorum rusticorum, non item urbanorum. Ulp. *Fragm. tit.* 19. §. 1. poterant ergo hæ solæ per vindicationem legari. HEIN. Recte fecisset Tribonianus, si hic aliquid subjecisset de amissione servitutum, juxta præscriptum *l. ultim. de leg.* quod observavit in usufructu *tit. seq.* & passim in hoc libello. Suppleamus ergo quod hic deest.

(6) Amittitur servius primum, soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit, & conditio exstiterit *l. 21. §. 1. quemad. serv. am. leg. si fundus 205. de cond. & dem.* Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vassallo, & quo causa hæc prædia ad dominum redeant, *c. 1. §. quid ergo, de invest. de re al. in usib. Feud.* quippe resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur *in l. leg. 31. de pignor.* Amittitur secundo remissione, tum aperta, *l. 15. §. 1. de servit.* tum tacita, puta si permissero domino fundi servientis in loco serviente id facere, quo servitus impediatur *l. 8. quem serv. am.* Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l. si quis 30. de servit. præ l. urb.* Quod si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego servam, placet servitutem non confundi *l. una 18. l. 1. vers. via l. 23. §. ult. de serv. rust.* Wes. *par. de serv. n.* 9. Cantiunc. *hic*, Sed & si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, *l. si cum 14. quem serv. am.* Postremo finitur etiam non utendo, si videlicet nemo servitute usus sit; neque is cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes &c. *l. usu 20. eod.* aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, *l. 20. & seq. l. si quis 18. l. ult. eod.* cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l. 7. eod. 6. de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l. 3. Cod. de serv.* Enim vero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto emptore non utendo amittitur, *d. l. 7.* id est, adversus præsentes 20. annis, adversus absentes 40. Idemque & in longioribus intervallis pro ratione & facultate utendi statuendum. Quicumque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor mercenarius, hospes, amicus, colonus, fructuarius, retinebimus servitutem, *d. l. usu 20. & 4. seq. quem serv. am.* Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit, veluti in servitute altius non tollendi, si per statum tempus altius sublatum habuerit adificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l. 6. de serv. præd urb.* Hoc ita tam varie, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur; solum quoque ejus non usum placet sufficere ad mittendam tempore servitutem. Contra urbanæ quia nihil exercitii habent, sed in sola ejus, qui debent, patientia consistunt, non utendo amitti nequeunt; ideoque non sufficit, sublatum esse opus, quod servitutis retinendæ causa habebatur, nisi simul is qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suæ usurpandam, aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter Div. Connan. 4. *comm.* 12.

TITULUS DECIMUS QUARTUS

DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio. Variæ servitutum personalium species; summa eorum, quæ hoc tit. tractantur.

Hactenus de servitutibus rerum sive prædiorum: sequuntur servitutes personarum sic dictæ, quia sunt jura personæ in aliena re constituta, si quidem ex re, cui servitus debetur, distinctio isto servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. præc. Species servitutum personalium multæ sunt & variæ. Etenim sciendum est, etiam jura, quæ natura sua realia sunt, ita constitui pos-

posse, ut ex ea constitutione personæ tantum acquisita esse intelligantur, veluti si in constituenda persona demonstrata sit cui soli ea præstentur, *l. 4. de serv. præd. rust. l. Mela 14. §. ult. de alim. leg.* vel si constituta sunt ei, qui prædium non habet, aut non habet vicinum. Sed & servitus personæ constitui potest, ut pomum decernere, ut spatiari, ut cœnare in alieno liceat; quamquam prædiis non prodest, per *l. quoties 25. in fin. de servit. l. 5. §. & bello 9. de op. no. nov. nunt. l. 1. §. prætera 12. & leg. 3. pr. de aqua quotid. dict. l. Mela 14. in fin. de alim. leg.* Coras. Duar. Costal. *ad l. 8. de servit.* Hotom. 8. *obs.* 20. Cyn. *ad rubr. Cod. de usuf. post* Pet. Hugolin. Glossatores, utut D. Cujac. 24. *obs.* 23. id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licet patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, asserat, secutus *Gloss.* Bart. Castr. *in d. l. 8. de serv.* Cæterum hæ & similes servitutes personales innominatæ sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. *comm.* 1. Nominatarum autem & vulgarium tres dumtaxat species sunt, ususfructus, usus, & habitatio. Operæ enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii æstimantur, hoc est, ex persona ejus, qui eas præstat, aut stant, aut intereunt, *l. 2. de oper. serv. l. 2. l. de usufr. leg.* quod & nomen operarum satis ostendit: tum quia non juris sunt, ut vindicari possint, sed totæ in actu & ministerio hominis consistunt, *l. 1. d. t. de oper. serv.* Hotom. *illust. q.* 41. Cujac. 7. *ad African. ad l. quæsitum 37. hoc tit. de usufruct.* Cæterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur, *l. 3. 4. de op. serv. l. 2. de usufr. leg. 5. §. ultim. de usufr. quem. cav.* Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est ususfructus: deque eo solo hoc titulo agitur: de usu & habitatione *tit. seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid sit ususfructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat; postremo quibus modis finiatur.

TEXTUS.

Definitio usufructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia: Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

NOTÆ.

Alienis rebus) Hoc commune est omnium servitutum, nemini enim res sua servit, *l. 5. princ. si usufr. pet. l. 26. præd. urb.* Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum a jure dominico.

Quo sublato) Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transierit, *l. 5. §. 2. 3. & leg. seqq. quib. mod. usf. am.* Sumpta hæc *l. 1. & 2. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid in definitione proposita verbo juris significetur?*
2. *Quid fructario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi?*
3. *Quid juris sit, si fructuarius nondum perceptis fructibus, aut mercede locationis nondum soluta, decesserit, remissive?*
4. *Colonum, creditorem ἀντιχρητικὸν, legatarium proventus annui jus ad rem tantum, non in re habere.*
5. *Usufructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur, in multis pars esse dominii?*
6. *Neque maritum, neque hæredem fiduciarium, neque emphyteutam definitione contineri.*
7. *Quid his verbis definitionis, salva rerum substantia, indicetur?*
8. *In fructu non esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est.*
9. *Cautionem fructuariam a testatore remitti non posse, ab hærede posse: & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem inveniri non possit?*
10. *Quid sibi velit, quod dicitur, sublato corpore usumfructum tolli?*

(1) JUS *alienis utendi fruendi, &c.*) Ex Paulo *l. 1. hoc tit.* Ait, *est jus*. Hoc sic nonnulli accipiunt, quasi dixisset, est servitus personalis, ut definitio contineat genus proximum definiti. Sed parum considerate. Etenim inconcinna & inepta est ista locutio, si dixero, usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena; quippe cum servitus sit in servitute; uti autem & frui ejus sit, cui servitus debetur, & actio servienti contraria. Jus vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant, servitutes omnes jura dici & definiri solere respectu ejus, cui constitutæ sunt tamquam personæ primariæ in hoc jure, atque eodem respectu etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium. Verbum quoque juris adjungi verbo faciendi, quod cum sit in usu perpetuo juris & omnium Latine loquentium facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admissa, definitio non reciprocetur cum re definita, nam potestatem hanc, sive jus, sequendo definitionis verba sic temperat, ut jura affinia satis hinc removeantur, & porro ex locis, ubi hæc definitio traditur, seriæque tractationis, sponte intelligitur, subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere, & personæ fructuarii cohærere.

Utendi fruendi) Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, *uti frui*, licet fructui usus insit, nec intersit, fructus an ususfructus legetur, *l. per servum 14. §. 1. de usu & hab. l. antepen. de usufr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l. vaccæ 43. de evict.* His autem verbis a fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppignoratio, *l. 6. l. 9. Cov. hoc tit.* (2) Jus utendi hoc tribuit fructuario, ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum, ad quem naturaau patrisfamiliam institutio parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendnm, cæteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur, *l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. & seq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, non naturales tantum, qui ex re fructuaria proveniunt, sive sponte, sive opera fructuarii: verum etiam civiles, qui per causam rei obveniunt, puta pretium venditionis, vecturas, mercedes locationis, &c. In summa, omnes reditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel

ex ipso corpore sive res fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l. 7. l. arbores 59. §. 1. hoc tit. leg. 13. quib. mod. us. am. l. quis sis 25. l. in pecudum 28. de usur.* Atque hinc recte colligunt DD. usufructu castri sive jurisdictionis concesso, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: Menoch. *lib. 6. cons. 66.* ad eum pertinere mulctas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigillis officialium: Schneid. *ad §. 2. hoc tit.* Molin. *ad consuet. Paris.* §. 1. Gloss. 1. *n.* 51. Joann. de Castill. *tract. de usufr. cap. 36. n.* 29. post Bart. Jas. et alios antiquos, legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere. Menoch. *d. cons. num.* 6. Molin. *d. loc. n.* 3. Castill. *d. cap. 36. n.* 35. ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum, sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, Clar. §. *Emphyteusis quæst. 23. n.* 5. Chass. *ad consuet. Burg. rubr. 4. §. 6. n.* 1. Castill. *d. cap. num.* 45. Et secundum hos ipse aliquando ex facto consultus respondit, miratus Bachovium qui hoc axioma damnat ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad* Treutl. *vol. 1. disp 16. thes.* 11. Sed & apud nos a supremo Senatu judicatum est: bonorum omnium usufructu legato, etiam reditus vitalitios tamquam fructus lucro fructuarii cedere debere, teste D. Jacobo Coreno *observ. rer. a sup. Sen. jud.* 7. (3) Cæterum quod alibi dictum, hoc loco repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri, quam si ipse eos perceperit aut alius ejus nomine; & ideo si maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, §. *is vero 26. sup. de rer. div. leg. 13. quib. mod. us. am. l. 8. de ann. l.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta usuris, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scil. fructuario ante diem quo solvi debeant mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo ususfructus stetit, inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d. §. is vero* 26. De commodis quæ fructuarium sequùntur, qui plura nosse desiderat, adeat Don. 19. *comm.* 7. & 8. Castill. *c. 36. & 37. tract. de usuf.* Habet & colonus & creditor ἀντιχρητικός, facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi jus tantum habent ad rem & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantum sibi obligatos habent ad hoc, ut præstent uti frui sinere; unde & iis actio eo nomine in personam dumtaxat competit, colono, ex conducto, *l. 15. locat.* creditori, in factum *l. 11. §. 1. de pign.* jus autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, nisi traditum est justa causa, ex qua dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, §. 2. *inf. de act.* Eadem & de legatario præstantus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis reditum accipit, *l. fundi 38. de usufr. leg. l. liberto 21. pr. de anno l.* Hotom. 1. *observ.* 24. Castill. *d. tract. cap. 4. & 5.*

14 *Rebus alienis* Materia. Estque hoc commune omnium servitutum, ut sint in alieno: neque enim res sua cui servit, *l. in re 26. de serv. præd. urb. l. 5. si usufr. pet.* Inde, inquis at non ideo recta definitio, cum non omnis ususfructus servitutis sit, & in re aliena. Duo enim, inquies, sunt genera ususfructus. Est quidam separatus a proprietate, quem, quod per se consistat, & formam propriam habeat separatam a proprietate, formalem Glossa a DD. vocant: est & alius conjunctus cum proprietate, qui, quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l. si cum argumentum 21. §. 3. de except. re. jud. l. 5. si usufr. pet. l. qui usufr. 58. l. si ita 126. §. 1. de verb. oblig.* Illum quidem dices habere eum, qui dominus non est, in re aliena: hunc autem habere dominum in re sua, ac proinde non posse non vitiosam esse definitionem, quæ minus contineat, quam definitum, videlicet alterum genus dumtaxat, usumfructum formalem. (5) Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo ususfructus simpliciter aut absolute enunciato, in toto fere jure, & maxime in quæstione & tractatione de servitutibus, eum solum intelligi, qui proprietate separatus est, non eum, qui alicujus est jure proprietatis; formalem, non causalem, cum, qui servitus est, non qui pars est juris dominici, quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc solum in jure utimur, cum ista per se habentur sine jure proprietatis, atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse, ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est, ita & in linea solus habetur. Neque vetus ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea a DD. venditatur: sed potius distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. Vid. VVes. *par. hoc text. n.* 4. Castill. *d. tr. c. 1. n.* 16. Pinel. *in l. 1. C. de bon. mat. p. 1. n.* 10. Gomes. 2. *res.* 15. *n.* 2 & 3. Quod si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat, quia pars dominii dicitur, *l. 4. h. t.* in promptu responsio est; partem dici, non, quod revera pars sit, cum sit servitus; *l. recte 25. de verb. signif.* sed quia in multis casibus, quos exprimit Paul. *d. l.* 4. vice partis fungitur, eodemque jure, quo dominium censetur, propter emolumentum, quod continet, *leg. Mævius 66. §. fundo 6. de legat.* 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulpian. scribit, quia appellatione dominii fructus jus quoque contineatur, sententia scilicet edicti, *l. 8. in pr. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l. 13. 1. sed et si 5. in uum 8. de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum unde vi, *l. 3. §. unde vi interdictum 13. de vi & vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l. 5. hoc tit.* Sensit hoc Gloss. *in d. l.* 4. Latius explicuit Div. Connan. 4. *com.* 6. Postremo ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, vere dominum dici posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. (6) Quamobrem neque maritus, neque hæres fiduciarius, neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est; quaque illi utuntur jure dominii, quod habent, non jure ususfructus a dominio separati. Maritum verum esse dotis dominum quamdiu constat matrimonium, infinitis locis traditum est, *infr. quib. alien. lic. in pr. leg. 1. prædium 13. §. 2. de fundo dot. l. 7. §. si res 3. de jur. d. t. t. si prædium 23. C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l. doces 9. C. de rei vend.* & mobilium quoque alienatio, *l. 3. §. 2. de fun. & leg. 3. C. de jur. dot. Auth sive a me §. 1. ad SC. Vel.* Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species 15. de aur. arg. l.* tantum, quia

cedere

cedente die fideicommissi restituenda est, ideo de ea tamquam aliena nonnumquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. *l. ult. §. sed quia 2. C. com. de legat.* sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l. 7. §. si fundum 12. in fin. sol. matr. l. in rebus 30 C. de jure dot.* De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet. Sed hoc non obstat, quominus & proprietas quædam in re emphyteutica ratione emphyteutæ considerari possit, ut & potest in re feudali respectu vasalli, *2. feud. tit. 43.* & argumento est, quod emphyteuta potest uni seorsim usumfructum rei emphyteuticæ legare, alteri, deducto eo, proprietatem, *l. 1. pr. quib. mod. us. am.* Jo: de Castill. *tract. de usufr. c. 39. n. 10. & 11.* Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare, & obligare potest, servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere: contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in re confessoria, sed de re ipsa? *l. 1. & 2. ag. vct.* ut plus etiam juris emphyteutæ quam domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *leg. possessores 12. C. de fund. patrim. lib. 11.* Emphyteutæ simillimus est superficiarius *l. 1. de superfic. d. l. 1. quib. mod. us. am.*

Salva rerum substantia; id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserint. (7) Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus, fructuarium ita uti & frui debere, ut rem salvam servet domino; ac proinde hac clausula fructuarium prohiberi, tum rem consumere, causamve proprietatis deteriorem facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium usumfructum relictum esse, non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis; *l. 13. §. fructuarius 4. hoc t.* Sed si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrumpi patiatur, non intelligitur salva substantia re uti, *d. leg. 13. §. 2.* Ædium usufructu legato non mutabit diætas, vel atria non diruet, & ædificabit nova, *d. l. 13. §. sed ædium 7.* nec sic meliorem domini causam facit, *l. 7. in fin. leg. 8. leg. usufructuarius 44. eodem.* Nam quod traditum est, posse fructuarium causam proprietatis meliorem facere *d. l. 13. §. 4.* hoc sic temperandum est, dum id faciat excolendo quod invenit, qualitate rei non immutata, *d. l. 13. §. Sed si ædium 6.* D. Diod. Tuld. *cap. 4. hic.* (3) Illud quoque, quod superius leviter attingimus, explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse, *l. 14. §. 1. de usu & hab.* eumque, qui non secundum rei conditionem re utitur, non uti, sed abuti, *l. sed si quid 15. §. 1. hoc t.* Hoc autem eo pertinet, ut intelligamus, eum, qui sic utitur, nec recte quidem frui, nec in fructu esse, quod non percipitur ex eo usu, ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *leg. vetus 68. eod. §. in pecudum, 37. sup. de rer. div. l. g. in pecudum, 28. de usur.* non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum, 27. de hær. pet.* Non pertinebunt ad fructuarium arbores grandes & frugiferæ, *leg. 11. leg. 13. §. 4. hoc tit.* nimirum quia non habentur, ut succidantur, sed vel ad fructum ferendum, vel ad certum umbramve præstandam. Hinc denique est, quod silvam non cæduam, aut quæ ut cædua a domino habita non est, fructuarius cædere non potest, *l. 9. §. ult. eod.* quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem & pedamenta in vineam facere non prohibeatur *l. 9. 10. leg. 12. in princip. eod.* ubi late Dir. Paul. Bus. Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, deinde ante eo, fructuarius cavere cogitur, & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *dict. leg. 13. in princ. leg. 1. & tot. tit. usufruct. quem. cav.* quæ cautio satisdatio est, *d. leg. 13. l. 4. C. l. 7. & ult. usufr. quem. cav. l. 7. §. tutor. 4. qui satisd. cog.* & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium, excepto patre fructuario adventitiorum, *l. 6. §. non a 2. leg. ultim. §. fin. a 4. Cod. de bon. quæ lib.* item fisco per *l. 1. §. si ad fiscum 18. ut l. nom. caus. & cas. l. 9. §. 2. usufr. quem. cav.* & donatore omnium, aut partis bonorum retento usufr. per *l. 19. §. 1. de re jud. cum simil.* pertinet, *d. l. 13. h. t. d. l. 1. §. 1. & l. 2. l. 9. §. 1. usufr. quem. cav. 9.* In tantum, ut nec a testatore remitti possit, *l. 7. Cod. ut in poss. l. dec. Cur. Holl. 20.* Christ. *vol. 2. dec. 175. n. 7. & seqq.* ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum, & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis. Vid. Clar. *§. test. quæst. 64.* Gail. *2. observ. 145.* Joann. Castill. *tract. de usufr. cap. 15.* Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodam modo cum natura, ac fine ususfructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem recte notat, remissione cautionis facta a testatore non vitiari ipsum legatum ususfructus, sed eam pro non scripta habendam esse per *l. 6. ut in possess. leg.* Quod si cautio a testatore remitti non potest, nec poterit confectio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. *d. loc. post. DD. com.* Plane ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est, Accurs. Cyn. Bart. Salic. Si hard. ad *l. 1. Cod. hoc tit.* Plin. *in l. 1. C. de bon. matern. p. 2. n. 76.* Gail. *de obs. 145.* Cast. *d. loc. n. 16.* Christ. *d. dec. 175.* Putarem tamen, remissionem non obstare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si recte utatur fructuarius; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit, eo quod propter inopiam fidejussorem idoneum non inveniat, an non humanum est, eum admitti oblata cautione juratoria? aut si eo modo non satis prospectum videbitur proprietario, an non res fructuaria apud virum bonum sequestranda est, aut eam retinere proprietarius poterit, qui contra fructuaria recte caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti. Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent: qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus fructuarii dispiciat & constituat, quid in proposito debeat fieri, utrum cautio juratoria a proprietario recipienda, (ad quod tamen non facile eum compellet) an vero apud virum honestum res deponi, vel apud ipsum proprietarium remanere debeat, ut in omnem eventum & proprietario satis consultum sit, & fructuarius commodum percipiat: quod eum percipere omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulp. in *l. 2. §. item Varius 5. in fin. de aqu. pl. arc.* *Hoc æquitas suggerit: etsi jure deficiamur*, add. Castill. *d. tr. cap. 18. n. ult.* Gail. *observ. 47.* Myns. *6. obs. 48.* Fach. *8. contr. 40.* Wesemb. *par. usufr. qu. cav. num. ult.* Merend. *5. contr. 46.* Christ. *d. dec. n. 13. & seqq.* Sunt & alia one-

onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut sartatecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in *l. 7. h. t.* et animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat; recte enim colere quasi bonus paterfamilias debet, quod & ipsum cautione fructuaria continetur. vid. §. *ad hi gregis* 38. *sup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensitationes, quæ prædiis imponuntur. *l. 7. §. 2. l. si pendentes* 27. §. 3. *hoc tit.* vid. Canisi. [illegible] 56. *& seq.* Cristin. *in l. 2. dec.* 176. *n.* 1. *&* 2.

(1) *Est autem jus in corpore, quo sublato*) Sublatum hic accipiamus non omnino quod penitus & totum periit, sed quod esse desit id, quod ante fuit; cujus pristina facies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen transierit, *l.* 5. §. *pen.* & deinceps, usque ad *leg.* 15. *quib. mod. usf. am.* Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1. *Ususfructus a proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit; ut ecce, si quis usumfructum alicui legaverit: nam heres nudam habet proprietatem, legatarius vero usumfructum. Et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, heres vero usumfructum. Item alii usumfructum, alii, deducto eo, fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, & ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot & quibus modis ususfructus constituatur, & a proprietate separetur?*
2. *Ad constitutionem & acquisitionem ususfructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem, vel factum aliquod traditionem repræsentans; testamento autem constitui ipso jure.*

PLuribus modis 1 Ususfructus non uno modo a proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & a lege quibusdam personis constituitur, ut patri bonis filii adventitiis, *l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *infr. per quas pers.* Item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l. 6. §. 3. C. &* §. 2. *infr. d. t.* & a judice in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commode non recipiant, *leg. 6. §. officio 10. com. div. l. si puto 16. §. 1. fam. ercisc. l. 6. §. 4. t.* junct. §. 4 *& 5. inf. de off. jud.* usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & ususfructus nobis acquiritur, veluti si quis non dominus ususfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. Cod. de præscr. long. temp.* Hic duos tantum modos recenset Imp. eo quo ipsos, quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præc. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve.

Ut ecce) Formas legandi, quibus ususfructus constituitur, & a proprietate separatur, tres perspicue explicat; in quibus notandum, verba illa *deducto usufructu* non esse otiosa, sed expressa consulto, ut & in *d. l. 6. h. tit. l. 4. si usufr. pet.* Nam si uni ususfructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim non expresso, *detracto usufructu*, ambo in usumfructum concurrent, *leg. si alii* 19. *de usufruct. leg.* 6. *de usufr. ear. rei.* Neque obstat, quod traditur *d. l. leg. puto* 16. §. 1. *fam. erc.* si judex alii fundum, alii usumfructum adjudicaverit, non communicari usumfructum. Nam in judiciis divisoriis hoc agitur, ut a communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed etsi uni ususfructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *d. l.* 19. *de usufr. leg.* traditur; si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari. Groenew. *ad d. l.* 19. *tract. de leg. abrog.* Autumn. *conf. jur. ad d. l. l.* 19. Cyprian. *cens. leg. hic.*

(2) *Pactionibus & stipulationibus*) *leg. 3. pr. eod.* Vid. *sup. §. ult. præc.* Pactionibus autem non nudis, sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque, quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum, cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere, aut donare, cedereve nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. quod nostrum* 64. *cod. leg. quisque* 28. *C. de don.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Ceterum etiam nuda pactione ususfructus recte constituitur, si ea contractui vel conventioni legitimæ, aut traditioni divisionive in continenti adjiciatur, *dict. l.* 28. *C. de don. l. Seja* 42. *de mort. caus. don. eod. arg. l. cum essent* 33. *de serv. præd. rust. l. vend.* 13. *com. præd. l. in traditionibus* 48. *de pact.* Quod autem de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem ususfructus pertinet, *leg.* 5. *de serv. l. 3. h. t. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in casibus ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: & in proposito traditus ususfructus intelligitur, si dominus, a quo est, usufructuarium inducat in fundum, eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc t.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re & vindicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum ususfructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus facto hæredis præstabatur, teste Paulo 3. *sent.* 6. At hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, §. 2. *inf. de legat. l.* 1. *Cod. comm. de leg.* Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l. pen. Cod. hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe *leg. 3. h. t. l. 2. si usufr. pet.* de legato per vindicationem, *l.* 34. §. *penult. de leg.* 1. *l.* 10. *l. si quis* 29 *de us. leg. l. sed & qui* 25. §. *ultim. hoc tit. l. un. §. 2. qu. de us. leg.* add. Pinel. *part. 2. leg. 1. Cod. de bon. mat. num.* 62. Castill. *tr. de usufruct. cap.* 9. VINN. Quod Vinnius hic contendit, Tribonianum, in *l. penult. Cod. de usufruct.* incuria quadam

dam actionem personalem cum reali contudisse, temere dictum, nec in Tribonianum cadere videtur tam supina incuria. Quæstio erat inter veteres, non an ususfructus jam traditus & acquisitus non amittatur, id enim dubio carebat, sed an ususfructus promissus vel legatus, neglectus a stipulante vel legatario, ita non usu perimatur, ut ne actio quidem personalis remaneat. Finge Titio legatum esse usumfructum fundi Corneliani. Potuisset sane uti actione confessoria reali, ad usumfructum illum consequendum: sed Titius id non fecerat per tempus legitimum biennii, quo olim ususfructus rei immobilis non utendo amittebatur. Tunc sane post hæc non poterat uti actione reali confessoria, quia ususfructus non utendo fuerat amissus. At quærebatur, an non ei superesset actio personalis ex testamento. Nihil ergo hic reperias, ex quo Triboniani eluceat incuria. HEIN.

Placuit certis modis amitti) Negligitur hic iterum a Triboniano ex methodi, nisi παράλειψις est, eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria sint, non habere dominium, & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est Cajo *l.* 3. §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur?

2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus, verum etiam in servis, & jumentis, & ceteris rebus exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata. namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit; ita datur legatario, ut ejus fiat, & legatarius satisdet hæredi de tanta pecunia restituenda, si moriatur aut capite minuatur. Ceteræ quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisdatur, ut si moriatur aut capite minuatur, tanta pecunia restituatur, quanti hæ fuerint æstimatæ. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usumfructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

NOTÆ.

2. ***Vinum**, oleum*) Harum rerum non usus, sed abusus est. Boet. *in top. lib.* 2. *Utimur his, quæ nobis **utentibus permanent**: his vero abutimur, quæ nobis **utentibus pereunt**.*

Quomodo) Expendendo & alienando: ita pecunia interire dicitur apud Cor. Nep. ***in Thomist. cap.* 2.**

De tanta pecunia restituenda) Clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu, *l.* 1. *usf. quem cav.* ad quasi usumfr. non pertinet, & absurdum esse rei dominum talem cautionem præstare.

***Si moriatur**, aut capite minuatur*) Non aliis modis quasi ususfr. extingui potest, *l.* 7. *l.* 10. *d. tit.*

Sed æstimatis) Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis; quam illud certius & tutius, *l.* 7. *d. **us. cav. rer.***

Nec enim poterat) Naturalis enim ratio auctoritate **Senatus** mutari non potuit, *l.* 2. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur rerum fungibilium ususfructus constitui non possit?*
2. *In hoc num. res rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum firmis rationibus **ostenditur**.*
3. *Quæ consideratione pecuniæ & quædam alia in hoc **genere numerentur**?*
4. *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi **ususfructus**?*
5. *Partes cautionis quasi fructuariæ expositæ, & **retatus insignis error Mynsingeri**.*

HOC §. agitur de rebus, in quibus ususfructus constitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus, unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscunque percipi potest, usumfructum constitui posse, sive immobiles sint, ut domus, fundus, sive mobiles, ut mancipia, jumenta, supellex &c. in quo differt ususfructus a servitutibus realibus, quæ tantum in prædiis consistunt. Sed & rerum incorporalium ususfructus constitui potest veluti nominum, *l.* 3. *de usufru. & ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam patrimonialem vocant, ut fructuarius & mulctas & pœnas pecuniarias tanquam fructus jurisdictionis percipiat. (Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic quasi ususfructus est, ut putat D. Bachovius, certe non eo sensu hic appellari potest, quo earum rerum, quæ usu consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus; nam jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria, ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet, eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis, quæ fructum recipit, *fac. leg.* 1. *de ususfr. leg.* Solæ excipiuntur res, quas utendo consumi necesse est, cujusmodi sunt, vinum, oleum, frumentum, ceteræque res, quæ pondere, numero, mensura constare, & in genere suo functionem recipere dicuntur, *inst. quib. mod. re contr. obl. leg.* 2. *de reb. cred.* Istas res, ait Imperator, neque naturali ratione, neque civili usumfructum recipere: scilicet hæc est natura ususfructus, jusque de eo constitutum, ut si in re aliena, sive penes eum, qui dominus rei fructuariæ non sit, is jus habeat ea re utendi, fructusque ob ea separandi, aut commoda ob causam rei obvenientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus proprietas apud alium est, salva & integra maneat, caveatque fructuarius se eam finito usufructu restituturum: quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manifestum est: quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat, nisi consumantur nec consumi res possit, nisi ab eo, cujus propria sit.

(2) *Vestimenta*) Temere atque inconsiderate Tribonianus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta. Non enim quæ longiore usu atteruntur, & demum deteriora fiunt, usu consumi dicuntur; sed quæ utendo protinus tolluntur & delentur, quarumque non nisi in abusu usus est. Atqui eadem ratione dicendum esset, mobilia fere omnia atque utensilia præsertim linea, ut mappas, mantilia, toralia, eodem numero habenda atque ut vestimentorum, ita & harum rerum non verum, sed quasi usumfructum esse: quod nemo dixerit; neque Ulpian. *leg. hoc titul. de ususfruct. earum. quæ us. cons.* cum ait, earum rerum quasi usum-

fructum esse, quæ usu tolluntur vel minuuntur, intelligit res, quæ usu deteriores fiunt, sed quæ per partes consumuntur, veluti si cui ususfructus aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique certum est, vestes non esse ex earum rerum numero, quæ in genere suo functionem recipiant, quarumve datione in creditum ire possimus. Atqui non magis potest extra eas res esse quasi ususfructus quam mutuum. Denique vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non esse, verumque eorum usum arguit, quod alteri commodari, & locari possunt, quod secus est in iis, quæ ipso usu tolluntur, §. *pen. instit. de loc.* junct. *leg.* 3. *commod. in fin.* Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, jumentorum, supellectilis, aliorumque rerum mobilium, licet usu atterantur, verus est & naturalis ususfructus; ita & vestimentorum esse. Itaque propter usufructu vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere, iisve abuti possit, uti fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis utatur, quomodo vir bonus uteretur, *l.15. §. & si 4. hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis, quæ vero usufructu desideratur, *l. 1. usufr. quem.cav.* neque satisdabit legatarius, se ejusdem generis vestes finito usufructu restituturum, aut earum æstimationem, ut fit in usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur, *l. 7. hoc tit.* sed rem ipsam & speciem, quam accepit, *l. 9. §. pen. usufr. qu. cav.* juxta alteram clausulam cautionis in vero usufructu receptæ. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut promissor rem restituat non deteriorem, quam erat tempore constituti ususfructus: satis enim est, si dolo aut culpa ejus deterior facta non sit; nulla vero culpa in eo est, qui utitur quod accepit in eam rem, in quam accipit, ut responsum est de re accommodata deteriore reddita sine culpa commodatarii, *l.10. in pr. comm.* ideoque liberatur restituendo corpus, quod superest, aut post usum exstat, unde & in proposito formula cautionis non de re ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, fere concipi solet, *leg.1. in pr. & §. ult. usufr. quem. cav.* Sed etsi cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est, ut in hac ipsa specie, quam tractamus. Ulpianus ex Pomponio refert, *dict. l.9. §. pen. usufruct. quem cav.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit, id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Triboniani duplici commento tegere conatur, uno *in dict. leg.15. §.4. hoc tit.* altero ad *hunc* §. Illic, ut ex verbis ejus colligitur, interesse existimat, utrum vestimentorum ususfructus legatus sit tamquam quantitatis, hoc est, æstimatarum, an vero simpliciter, ut cujusvis alterius corporis. Hoc casu fatetur verum usumfructum relictum esse, & restitutione ejus, quod finito usu superest, legatarium liberari, per *dict. leg. 9. §. penult. usumfr. quem. cav.* Illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eumque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium quam ipsius pretii quasi ususfructus erit, quod ideoque & solum restituendum, non vestes ejusdem generis: potestque hoc usu venire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione, qua species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l.11. si cert. pet. l.8. C. pro eod. l. pro auro 25. C. de usufr.* Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, mendosus videtur, nempe *dict. l.15. §.4. h. t.* Neque enim dubito, quin verba illa, *non sicut quantitatis ususfructus legetur*, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore profecta, volenti gratificari Triboniano: nam & constructionem turbant, & perplexum efficiunt sensum. Quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum, quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit; unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus ususfructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquitur) appellatione intelligit quotidianas: perpetuarum, funebres & scenicas: quarum rarior usus. Verum huic distinctioni palam repugnat *d. leg.11. §.4.* & inter quotidianæ & scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse eo loco & sequent. docet Jurisconsultus, quod scenice a fructuario locari possit, quotidiana non item. Quamvis secundum Accursii distinctionem judicatum tradat Thesaur. *decis.80. n. 1.* vestium quotidianarum usufructu legato, cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest, illud unum est, quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiarum posuisse pro materia *vestimentis*, vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur. Vid. *leg. pen. de usufruct. ear. rer.* VINN. Sed hoc duriusculum. Quis enim vestimenta dixerit pro lana? Paulo probabilius conjiciunt, qui inter vestimenta per modum quantitatis, & per modum corporum legata, & in illis quasi usumfructum, in his verum esse arbitrantur, sed tamen nec id facile concipitur, velle aliquem vestimenta legare tamquam quantitatem. Erraverit itaque per nos Tribonianus. HEIN.

Quibus proxima est pecunia numerata) Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. leg. pecunia 222. de verb. signific.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum, sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore imposito, *l. 5. de contrahend. empt.* Auri autem vel argenti non signati quin usus esse sine abusu possit, veluti valorum aureorum, vel argenteorum, non est dubitandum, *leg. ultim. usufruct. quem. car.* Quin & numismatum veterum aureorum, vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solet, usu fructus recte legatur, *l. numismatum 28. h. t.* VINN. Plura de his numismatibus dixit V. C. Ger. Noodt. *Obs. 1. 5.* Videntur veteres aliquando numismatibus pro gemmis usos in ornandis pueris & puellis infantibus: quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. HEIN.

13 *Quodammodo extinguitur*) Recte, *quodammodo*, non enim ut vinum, oleum, frumentum utendo, ita pecunia permutando absumitur, & revera ac naturaliter perit. Ut enim pecuniam maxime com re permutemus, solvamus, donemus alii; semper tamen manent ipsa corpora nummorum, nec usu delentur. At si spectamus, eum, qui pecunia utitur aliquando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si con-

consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *l. pen. de us. ear. rer.* Item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut nisi mutatæ ad eas conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen.* ad quas res si confertur, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis 26. de acq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit) *l. 1. & 2. de us. ear rer.* Quo latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam usus fructus constitui possit, utque illi, qui nollent, hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo, quod tantum legati harum rerum ususfructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. leg. usufr. 69. ad leg. Falc.* item apud Ulp. *tit. de leg. §. Senatus 25.* nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & VVesemb. cum Conan. 4. *comm.* 7. existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quamquam semel admisso & recepto in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstet, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica Auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur. VINN. Ignota est hujus SC. ætas & historia. Quum vero libera adhuc republica id jus ignoraretur: Cicer. *Topic. cap. 3.* & tamen a Masurio Sabino ejus fiat mentio, *leg. 4. §. 1. de usufr. ear. rerum, quæ usu consf.* SC. hoc tempore Augusti vel Tiberii conditum esse, haud abs re conjecit doctissimus Schulting. ad Ulpian. *tit. 24. §. 27. pag. 658. seqq.* HEIN.

Hæredis utiliter caveatur) Datis scilicet fidejussoribus: nam & hæc cautio satisdatio est, ut in vero usufructu, *leg. 8. l. 9. & 10. eod. l. 7. §. 1. usufr. quem. cav.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto, cœpit hic quasi ususfructus haberi, *leg. 2. §. 1. hoc tit.* sive, ut ait Justinian. in calce *hujus §.* Senatus per cautionem quasi usumfructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium ususfructus quodammodo videri possit. Nam licet hæ res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa; tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum dumtaxat earum habere: propterea quod finito usu eamdem quantitatem, quam accepit, restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu, quam alia illa in vero: neque magis quam illa testamento remitti potest, *leg. 1. Cod. de usufr. leg. 6. ut in possess. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus ususfructus. (4) Et si quidem hoc quæratur: an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quam præstita cautione illius ususfructus propria, *leg. 13. de usufr. leg. 4. Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l. 7. usufr. quem. cav.* Si vero hoc, an forma quasi ususfructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus ususfructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed ulterius fortasse quæritur, an non quemadmodum verus ususfructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi ususfructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usumfructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod repræsentet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab hærede omissa, nihilominus ususfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem, & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnino necessaria sit, aut de substantia quasi ususfructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab hærede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem etiam ante cautionem præstitam commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu: accurate Pinel. *ad leg. 1. Cod. de bon. matern. part. 2. num. 77. & sequentibus*, Castill. *tract. de usufr. cap. 14. & 16.* Plane eatenus de substantia quasi ususfructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur ut per eam primum a Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse, ut omnium rerum, quæ in bonis sunt, ususfructus legari possit, *leg. 1. leg. 3. hoc tit. leg. 1. de usufr. leg. l. usufr. 69. ad leg. Falc.* atque ex eo tempore, usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum quæ usu consumuntur, usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, *argum. leg. uxori meæ, 37. de usufr. leg. 1. C. de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco Marci Ciceronis *in Topic. 3.* ubi scribit: *Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim*, inquit, *non abusus relictus est.* Add. Alciat. *lib. 7. parerg. cap. 2.* Mantic. *de conjug. ultim. volunt. lib. 9. tit. 6. in princ.* Castill. *dict. tract. cap. 38. num. 10. & 11.* Menoch. *lib. 4. de præsumpt. 121. num. 14.* Plane si rerum mobilium dumtaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est. Castill. *dict. loc.*

(5) *De tanta pecunia restituenda; si morietur, aut capite minuetur*) Cautio quasi fructuaria duas partes habet, quarum una est de restitutione, altera de restitutionis modo. Quippe clausula cautionis fructuariæ de utendo boni viri arbitratu ad quasi usumfructum non pertinet, ut recte Castill. *dict. tract. de usufr. cap. 15. num. 13. & 31.* contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restituturum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest; sed tantumdem, sive pecuniæ ususfructus relictus sit, sive vini, olei, frumenti, aut similium rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus eas dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere; *leg. 7. hoc tit.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisdari*. Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut, in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ, ut in genere suo functionem reci-

cipiant, hoc est, idem inter se mutuo præstent, dum id genus redditur, leg. 2. §. 1. de reb. cred. Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynsingerus, qui putat, casus fortuitos & rei periculum, tam in usu[illegible], etiam in vero ad proprietarium pertinere: in quo errore & Baldus fuit. Quomodo enim [illegible] perempti[illegible] rebus, quas non debuit? Promittit alias [illegible] generis, aut æstimationem: promittit [illegible]: res [illegible] perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietas [illegible] [illegible] transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo dati[s], quarum periculum præstat qui accepit, §. 2. [illegible] quibus modis re contrah. oblig. Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc [illegible] etiam a mutuo separat. Ea hæc est, Si usufructuarius moritur, aut capite minuatur. Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis diminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, leg. 9. hoc tit. l. 7. §. 1. [illegible] quæ [illegible]. Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitratu suo iis utatur, & non easdem, quas accepit sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo interitu aut mutatione rerum ususfructus extingui. Capitis autem diminutionem accipiemus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo ususfructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque specie mutatum esse a Justiniano, non est ambigendum, l. penult. §. ult. Cod. h. tit. de usufruct.

TEXTUS.

Quibus modis finitur?

3. ***Finitur autem ususfructus morte usufructuarii**, & duabus capitis deminutionibus, maxima, & media, & non utendo per modum & tempus, quæ omnia **nostra sta**tuit constitutio. Item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur; vel ex contrario si fructuarius proprietatem rei acquisierit, quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumptæ fuerint, vel etiam terræ motu aut vitio suo corruerint: extingui usumfructum, & ne areæ quidem **usumfructum** deberi.*

NOTÆ.

3. *Cedendo extraneo nihil agitur.* Scilicet in persona [illegible] respectu [illegible] cedentis. Cæterum nihilominus [illegible] ad proprietatem recurrit, l. 66. ff. [illegible] in comm.

Consolidatio, l. 3. §. ult. 6. *de usufru. acc.* a solido jure, solido proprietatem, l. 9. §. ult. [illegible] q. pl. arc. l. 26. *sub fin.* [illegible] dicitur etiam confusio, leg. 4. *us. quem cav.*

Ne areæ quidem [illegible] §. 2. *quib. modis usu. amitt.* [illegible] & ex contrario si area fructuaria [illegible] sit, ususfructus [illegible] l. 10. §. ult. l. [illegible] eod. [illegible] ipsius rei: quippe [illegible] aut ex ea, quod [illegible] leg. 22. [illegible] leg. 1. §. 18. [illegible] pignori, l. 21. ff. de pign. action.

COMMENTARIUS.

1. *An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri ususfructus perierit?*
2. *Amitti posse usumfructum non utendo per modum utendi [illegible], & quis non uti intelligatur?*
3. *Quanto tempore non utendo ususfructus amittatur?*
4. *Usumfructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra VVesp. Pinel. & alios.*
5. *Quando mutatione rei fructuariæ interior species mutata aut non mutata intelligatur?*
6. *Cur placeat, usumfructum aliquando mutatione rei extingui etiam in partibus, quæ mutato toto superfuerit, in cætero autem jure qualiscumque mutatio inciderit, si quid adhuc restet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, retinere?*

QUid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum recipiant, intellectum est: restat ultimum ut videamus, quibus modis finiatur. De vero usufructu hoc nunc quæritur: Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si usumfructum sub conditione legatum hæres interim alteri constituerit, & conditio extiterit, leg. si sub conditione, 17. quib. mod. usu amittat. quod & in reliquo jure a domino constituto similiter accidit. l. lex vect. 31. de pign. Aut lege constitutionis, veluti si ususfructus ad conditionem vel ad diem constituto, conditio extiterit, aut dies venerit, leg. 4. de usufruct. leg. [illegible] §. ult. quand. dies usf. leg. ced. l. 5. l. 12. Cod. de usufruct. Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione ususfructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit. VINN. Si accuratius loqui velis, dicendum erit, aliud esse usumfructum FINIRI, aliud eumdem AMITTI. Finitur enim ita, ut repeti non possit: amittitur, uti repeti possit. Pandl. *Recept.* [illegible] l. 3. tit. 6. p. 28. *seq.* Finitur itaque mortis tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non usu, in jure cessione, dominii comparatione. Sed hoc discrimen negligunt Pandectæ. HEIN.

Morte fructuarii [illegible] persona fructuarii triplici modo ususfructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohærent, [illegible] extinguuntur, leg. 3. in fin. hoc tit. l. 3. Cod. de usufruct. [illegible] 8. [illegible] 3. de lib. leg. leg. quid tale, 13. [illegible] in servo [illegible] domini; in filio [illegible] post [illegible] patris, ipsius fuit; ante mortuo, ipsius [illegible], quam duplici usufructu constituto, [illegible] de usufr. [illegible] Civitati aut municipio [illegible] usumfructum [illegible] annos durare: quia is finis vitæ est longævi hominis; l. an ususfructus, 56. de [illegible] leg. 8. [illegible] leg. Enimvero si interim civitas eversa sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum finiri debuit, [illegible] 21. hoc tit. Adeo autem morte finitur ususfructus, ut licet qualicumque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte hæredibus legetur, leg. 5. in princip. eod. quo facto non tam repetitur, quam novus constituitur in persona hæredum. Nec tamen si ita legatus sit, ad secundos successores pertinebit, sed primis defunctis finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad hæredes, hæredis appellatio solum primum hæredem, non [illegible] continet, ut notat Jote post. ad l. hæredes, 65. [illegible] [illegible] male Cantiunc. Mynsing. Schneid. & Goedd. ad dict. l. 65. num. 7.

pt

putant, eamdem hanc speciem tractari in leg. cum anti-quitas, 16. *Cod. de usufruct.* Cum nulla ibi quæstio sit de hærede legatarii, sed testatoris: legatario enim non ususfructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofred. causam formant; quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facile mihi persuaserit, veterum quemquam hic hæsitasse. VINN. Omnino hic hæsitarunt veteres: nec probabile est, Justinianum doctrinas liquidas voluisse decidere, id est, cum larvis pugnari. Errant enim, qui utile putabant legatum fundi, cujus usumfructum vellet testator apud hæredem manere. Ita sane sensisse videntur Cajus *l. 6. ff. de usufr.* & Julianus *l. 4. ff. si ususfruct. petat.* qui quum fuerint Sabiniani, probabile est, in alia omnia item esse a Proculejanis. Rem ita decidit Justinianus, ut legatum hujusmodi sit utile, & ususfructus morte hæredis finiatur. Conf. Merill. ad *decis. Justin.* 16. p. 308. HEIN.

Capitis deminutione maxima & media) Hic alter modus est, quo finitur ususfructus ex persona fructuarii & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *leg. verum*, 63. §. *ultim. pro soc. l. 1. §. penult. de bon. possess. contr. tabul. leg. antepen. de regul. iur.* §. 1. & 3. *supra quibus modis jus patr. potest. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali. (1) Olim etiam amittebatur ususfructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo *3. sentent. 6. § capitis* & Justiniano *l. penult.* §. *ult. Cod. de usufruct.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione ususfructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum prætertim *leg.* 3. *hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. 4. *comm.* 6. Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non tam obscura est, ut plerique videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cum omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris acquirantur adrogatori, *l. si paterfamil.* 15. *de adopt. leg. penult.* §. 2. *de bon. possess. secund. tabul.* necesse est, ut ususfructus, qui in persona adrogati amplius consistere nequit, vel simul in adrogatorem transferatur, vel ad proprietatem redeat. Illud ratio juris non patitur: superest ergo, ut redeat ad proprietatem: quod & Justinianus indicat, §. 1. *infr. de acquirent. per adrogat.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest. Unde Bachovius existimat, jus illud vetus pertinuisse duntaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *dict. loc.* expresse testatur etiam de adoptione, & de ea quidem in specie, quæ adrogationi opponitur. Ait, enim, *Si ex adrogatione vel adoptione statum mutaverit.* Et Justinianus *dict. leg. penult.* etiam de emancipatione, & alioqui & frustra dubitatum fuisset, an emancipatione filii ususfructus per eum patri quæsitus extingueretur, *leg. ultim. Cod. eod.* Verum enim vero cum ex constitutione juris antiqui filiusfamilias nihil proprium haberet præter castrense peculium, non potuit extra causam illius peculii de usufructu, quem filius ipse haberet, amittendo disputari. Solum potuit tunc, cum ex peculio castrensi usufructum sibi comparasset: nam empta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *leg.* 1. *Cod. de castrens. pecul. lib.* 12. cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus, *l. u. leg. penult.* & *ult.* usumfructum ex ea causa filio quæsitum per emancipationem, ex definitione juris veteris periisse: quod haud dubie in adoptione quoque obtinuit, cum plane eadem sit utriusque in proposito ratio. Non enim alia de causa ususfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius, mutata familia & priore statu perdito, alius esse credebatur ab eo qui ante fuerat: redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *leg.* 3. §. 1. *de cap. minut. leg. ultim. Cod. de emanc. liber.* Ne vero ususfructus, sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capitis minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitis deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ, hæreditatis legitimæ: & obligationes ideo Prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua conditio inferretur. Emancipatus vero aut datus in adoptionem de facto alieno queri non possunt: est enim quid sibi imputent, quod scilicet passi sint se emancipari aut in adoptionem dari, cum id pati non cogerentur, *leg.* 5. *de adopt. leg. penult. Cod. de emancip. liber.* Paulus 2. *sentent.* 25. Quocumque modo res se habeat, constat Justinianum jus vetus, quo ususfructus capitis minutione amittebatur, abolevisse, quantum attinet ad eam, quæ salva civitate contingit, *dict. leg. penult.* §. *ultim.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relictum, mortuo patre, etiam post emancipationem filii, in persona filii, durare, *leg. ultim. Cod. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus, si jam constitutus erat: cæterum si ante aditam hæreditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *leg.* 1. §. 1. *hoc titul.* Item si ususfructus relictus erat, non si plures, veluti si ususfructus legatus fuisset in singulos annos, vel menses, vel dies. Hic enim quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet *leg.* 2. §. 1. *eod.* placebat, per singula tempora ad effectum diem cedere, & illius anni, mensis, diei usum fructum amitti, qui iam processerat, *dict. leg.* 1. §. *ult.* quarum rerum evidens jure veteri effectus fuit. Ex his, quæ dicta sunt, manifestum est, Tribonianum interpolasse, *l. 1. de usufruct. leg.* & verba illa, *ex magna causa*, quæ in calce sunt, responso Jureconsulti affuisse. Russard. *in not. ad dict. l.* 1. Cujac. *hic*, Castill. *tract. de usufruct. cap.* 66. *num.* 16.

(2) *Non utendo per modum*) Postremo finitur ususfructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat ususfructus; sed quæritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utenti in constituendo usufructu præscribi possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur non possit. Nam si verbi causa Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto, ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo, per *leg.* 2. *de acquir. rer. dom. leg.* 10. §. 1. & *leg.* 18. *quem. serv. amitt.* non videbitur usus, qui ad illum modum, τῷ κατὰ τὸν τρόπον, usus non est. Non uti autem intelligitur, qui neque per se utitur, neque per alios, qui negotia ejus gerunt, aut quibus usumfructum vendidit, locavit, gratis concessit,

sit, *leg. non utitur*, 38. *de usufruct.* Quid vero si nec ipsi utantur? Et interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu ususfructus perit; hoc retinetur propter fruitionem pretii, aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fruitur principali re, *dict. leg. non utitur*, 38. & 2. *seqq.* Potest vero ususfructus & pro parte non utendo amitti, *leg. 5. dict. tit. leg. excepta*, 14. *leg. placet*, 25. *hoc tit. quib. mod. usu amitt.* & eum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fruitus, placet usumfructum amittere. Ceterum hoc ita, si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *leg. is qui*, 20. *eodem*. VINN. Nec Bachovio jus fuisse videtur, erroris hic insimulare Tribonianum, nec auctori nostro ratio tradendi, usumfructum non utendo ad certum modum amitti. Id enim nusquam docent jura nostra, nec hic docere videtur Tribonianus. Nam sane 1) uti per modum Latinis non est uti ad certum modum, secundum legem a fructuario præscriptam. Et (2) Imperator hic se refert ad constitutionem suam, puta ad *leg. 16. Cod. de usufruct.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi usumfructum. Accedit (3) quod non opus sit usufructu privari eos, qui jure suo abutuntur, quum cautio usufructuaria tunc committatur, eoque ipso satis consultum sit proprietario. Vidit hoc Vir eximius Ger. Noodt. *de usufr. l. 11. cap. 9.* ubi *verba non utendo per modum & tempus explicat per figuram* [illegible], ut sensus sit amitti usumfructum, si quis non usus sit per modum temporis a Justiniano constituti. Att exiistime claram rem esse ex *dict. leg. 16. Cod. de usufruct.* ubi Justinianus sanxit, ut ususfructus expiraret præscriptione X. vel XX. annorum. En tempus. Quia autem præscriptio nulla est, nisi adsit continua possessio, facile patet, usufructuarium non utendo non amittere jus suum, nisi alter rem continuo & quiete possederit. Ergo non usus possidentis non nocet, sed talem esse oportet in usum, qui cum possessione non sit conjunctus. En modum. Ita nos: quam recte, alii viderint. HEIN.

3 *Et tempus*) Quod diximus, non utendo finiri usumfructum, id ita est, si fructuarius usus non sit per tempus constitutum, intra quod si quis usus non sit, placeat usumfructum amitti. Id tempus, cum olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia, quæ ipse præfinivit usucapionibus, *leg. corruptionem*, 16. *penult.* §. 1. *Cod. hoc tit. de usufruct.* Igitur rei mobilis ususfructus amittetur non utendo per triennium. rei immobilis per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes. *arg. leg. unic. Cod. de usucap. transform.* & *tit. de usucap. in princ.* Atque hæc sane temporum distinctio optime convenit cum rationi juris, tum sententiæ quoque ipsius Justiniani *in dict. leg. penult.* §. 1. Ceterum secum ipse pugnare videtur, dum *in l. penult. Cod. de servit.* constituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis ususfructus non utendo amittatur; & tamen quod subjicit de servitutibus prædiorum similiter non utendo amittendis; quia tantummodo solis rebus annexæ sint, hoc iis tantum commune est cum usufructu rerum immobilium, & ita dicitur, quasi in amittendo usufructu pro diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino proprietatis cedatur) Cum vel proprietarius voluntate fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur: ea res in specie a Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii, & capitis deminutione, & non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l. 3. in fin. de usuf. accresc.* §. *seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum in una & eadem persona proprietas & ususfructus concurrunt, solidum unus proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est ususfructus formalis, de quo hic quæritur, perit.

Cedendo extraneo nihil agitur) Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere, atque jus aliquod alteri constituere, etiam fructuarium legimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiatur eum uti frui, *leg. ususfructus*, 57. *sol. matrimon.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare, aut vendere, *leg. cum antiquitas*, 13. *Cod. de usufruct.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Wesemb. *parat. h. tit.* Pinell. 1. *de bonis matern. part. 3. num. 39.* Joann. Castill. *tract. de usufruct. cap. 69. num. 20. & seqq.* Bronch. 1. *ass.* 91. sic accipiunt, quasi dixisset Imper. cedendo extraneo ususfructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. (4) Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum, qui cessus est, non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur, transeundo ut fit cum ceditur domino proprietatis: nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere, ut & hic finiatur, atque ad proprietatem redeat, cum a persona discedere sine interitu suo non possit, *l. vel si*, 15. *famil. ercisc.* Atque ita in terminis diserte responsum est a Pomponio, *leg. si ususfructus*, 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco qua ratione ususfructus in dotem marito datus a domino proprietatis, soluto matrimonio, mulieri sine fraude ipsius reddi possit, & ait Jurisconsultus, a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, & si extraneo cedatur, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quia igitur in proposito cessio mulieri damnosa foret recurrente usufructu ad proprietatem, hoc consilii Jurisconsultus dat, ut ususfructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente, facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis pensiculate examinasse videntur auctores paulo ante memorati, dum negant, ex eo effici, (quod nos dicimus) usumfructum, statim ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem, rediturum suo tempore, scilicet morte fructuarii aut aliis modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jurisconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier idipsum quod quæritur, & quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum, usque dum morte mariti ususfructus finiatur. Quorsum igitur consilium Jurisconsulti? Aut cur negat in proposito quicquam transire?

Non

Non eſt contrarium, quod fructuarius jus ſuum cuivis extraneo vendere, aut gratis etiam concedere poteſt, §. 1. *inſr. tit. prox. l. 12. §. 2. l. non utitur, 38. de uſuf.* Nam qui vendit uſumfructum, aut alteri concedit, non hoc agere intelligitur, ut jus omne totum, quod habet, a ſe dimittat, & transferat in alium, ſed ut retento jure, quod ex conſtitutione perſonæ ejus inhæret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in perſona ſua durabit. Quod & ipſum etiam tunc obtinet, cum uſusfructus venditus eſt domino proprietatis, *l. Pomponius* 29. §. 1. *hoc tit. quib. mod. uſufr. am.* indeque eſt, quod finiri dicitur uſusfructus, non ſi vendatur proprietario, ſed ſi cedatur. Quod neſcio an quis alius animadverterit. Ceſſio autem verum eſt & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure apud Prætorem, quaque id agebatur, ut a cedente jus omne, quo habebat, penitus abiret, & transferretur in eum, cui cedebatur. Cujus meminit Cicer. *in Top.* & Boet. *ibidem*, item Ulpian. *in frag. tit.* 11. & 19. Paul. 5. *ſentent.* 6. Igitur in propoſito, diſcedente per ceſſionem a perſona cedentis fructuarii omni jure, quod ante habebat, duorum alterum evenire neceſſe eſt, ut aut in eum, cui ceſſus eſt, uſusfructus tranſeat, & novus conſtituatur fructuarius, aut revertatur ad dominum proprietatis. Illud ut fiat, ratio juris non ſinit; relinquitur ergo alterum, ut uſusfructus ad proprietatem recurrat, & conſolidatione finiatur. Similia ſunt, quæ de tutela & hæreditate ceſſa, notat Ulpian. *dict. titul.* 11. § 6. & *dict. titul.* 19. §. 13. Non adeo magni momenti ſunt, quæ porro huic ſententiæ objiciuntur, veluti quod ea, quæ perſonæ cohærent, facto ejus mutari non poſſunt, *l. ea quidem*, 5. *Codice ſi mauc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum eſt; alioqui ne ipſi quidem domino uſusfructus cedi poſſet. Item quod non præſtent impedimentum, quæ de jure non ſortiuntur effectum, *cap. non præſtat. de reg. jur. in* 6. Siquidem novum non eſt, ut quæ de jure non ſortiantur effectum, quod aliis noceat, noceant tamen ei, qui fecit, *leg.* 3. *qui & a quib. man. pr. ſup. quibus ex cauſ. man.* junct. *l.* 5. *Codice de ſerv. pign. dat. man.* §. *ult. inſr. de donat. leg. hæres* 28. *qui & quib. man.* junct. *l. ſi quis inquilinos* 112. §. 1. *de leg.* 1. *l. actiones* 65. §. 3. *pro ſoc.* ſufficitque ad hoc, peccatum eſſe ignorantia juris, licet delictum proprie non verſetur, *argum. leg. regula* 9. *in princ.* & §. *ſi quis* 5. *de jur. & fact. ign. l. cum quis* 10. *Codice de jur. & fact. ign. l. error*, 9. *Codice ad leg. Falcid.* & paſſim alias. Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt uti oportet, *titul. de his quæ ut indign. auf. tit. de jur. fiſc. & ſimilib.* In ſumma non eſt novum, ut quod de jure non ſortitur effectum ratione unius, ut ei proſit, ſortiatur tamen reſpectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *leg. plane* 24. *princ. de leg.* 1. *l. haec* 20. *l. legatum* 24. §. 1. *de adimpl. leg.* ſicut nec illud, ut qui male agit, nihil agere dicatur, *princ. Inſt. quibus ex cauſ. manſ.* junct. *l.* 5. *de ſerv. pignor. dat. man. l.* 13. *de donat.* junct. *l.* 37. §. *ult. de acq. rer. dom.*

Ne areæ quidem uſumfructum deberi) Supervacuum foret monere, ſublata re fructuaria uſumfructum extingui, ſi nihil aliud eo ſignificaretur, quam finiri uſumfructum interitu totius rei. Sed ſciendum eſt, hoc etiam pertinere ad eas res, quarum ſpecies interior & forma mutatur, licet poſt mutationem pleræque partes maneant, quæ erant ejuſdem corporis, in quo uſusfructus conſiſtebat: nam & hic deſinit eſſe quod prius fuerat, perinde uſusfructus extinguitur, ac ſi ea in totum ſublata eſſet, nullaque ejus pars amplius in rerum natura exiſteret. Quod multis rerum exemplis declaratur, *l.* 5. §. *pen.* & *ult.* & porro uſque ad *l.* 13. *item l. pen.* & *ult. hoc tit. l. qui uſumfructum* 36. *de uſufr.* Cæterum etſi magna mutatio in re facta ſit, ſi tamen ea priorem rei ſpeciem non prorſus tollat, placet uſumfructum manere, *l.* 8. & 2. *ſeqq. hoc tit. l. ſi cui* 53. *de uſufr.* (5) Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta, forma ſeu ſpecies prior mutata intelligi debeat. Et de eo ſtatuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio, ſi talis mutatio inciderit, ut res propterea in aliud nomen tranſeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam cenſeri, & uſumfructum interire; ſin poſt mutationem vetus nomen maneat, non videri ſpeciem mutatam, atque uſumfructum retineri. Non ſane quia nomen quidquam pertineat ad ſubſtantiam rei, ſed quia ex nomine, ut ex poſteriori, quale quidque ſit, intelligitur; a forma enim res nomen accipit, atque mutata iterum amittit, indeque eſt, quod per nomina dicimur cognoſcere & dignoſcere rerum naturas, auctore Platone *in Cratil.* Ad priorem mutationis ſpeciem pertinet exemplum, quod hic & in *dict. leg.* 5. §. *pen.* affertur de ædibus, quarum uſusfructus legatus erat, ſublatis: nam ſublata ſuperficie, quia ædes amplius non ſunt, aut nominantur, forma rei mutata intelligitur, ideoque nec areæ, quæ adhuc ſupereſt, licet pars ædium fuerit *l. domo* 11. *de pign. act. l. qui res* 98. *ſub fin. de ſolut.* uſusfructus debetur. Ex contrario quoque ſi in area, cujus uſusfructus legatus eſt, domus poſita ſit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus, & uſumfructum interire, *dict. leg.* 5. §. *ult.* Similiter ſi quadrigæ uſufructu legato, vel unus ex equis deceſſerit, vel gregis uſufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus ſit, ut gregem non conſtituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis uſusfructus extinguitur, *l. quid tamen* 10. §. *ult. l. ult. eodem*. Eamdemque rationem habet, quod pecorum uſufructu relicto, ſi quæ pecora moriantur, adeo pereat uſusfructus, ut nec carnis, aut corii ſuperſit, *l. pen. quibus mod. uſufr. am.* Poſterioris generis exemplum eſt, ſi fundi uſusfructus legatus ſit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum acceſſio eſt, uſumfructum manere placet, *l.* 8. *l.* 9. & *dict. leg.* 10. *in princ. eodem*. Item ſi pars ædium in quibus uſusfructus conſtitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ ſupereſt, ut nomen, ita & uſumfructum retinet etiam totius ſoli, *l. ſi cui* 53. *hoc tit. de uſufr.* Quæritur autem hujus juris ratio, & omnino cur placeat, vel aliquando uſumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus, quæ mutato toto adhuc extant: nam in cætero jure generaliter atque indiſtincte receptum eſt, ut re mutata, qualiſcunque mutatio facta ſit, ſi quid adhuc reſtet, in eo jus idem, quod prius in toto conſtitutum erat, remaneat. Ut ecce inſula legata combuſta eſt, area nihilominus vindicari poteſt, *l. ſi grege* 22. *de legat.* 1. Domus pignori obligata eſt, ſublatæ ſuperficiei area pignori obligata manet, *l. domo* 21. *de pignor. act. l. Paulus* 29. §. 2. *de pignor.* Grex legatus eſt, & poſtea numerus ovium in tantum decrevit, ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ ſuperſunt, vindicari poſſunt, *d. leg.* 22. *de legat.* 1. Pecora legata mortua, etiam τὰ λείψανα ex legati cau-

ſa

ea debentur, *l. quid ergo* 53. §. *sed si* 5. *de legat.* 1. junct. *l. solum* 49. *de rei vind. l.*14. §.2. *de condit. furt.* Cur omnia contra in legato ususfructu rei? Probabile est, quod Domin. Bachovius respondet, dicam autem, si possum, explicatius) ideo in proposito aliud in usufructu, aliud in proprietate legata placuisse, & usumfructum amitti, quia incidente ea, quam dixi, mutatione, res amplius eum usum præstare aut pati non potest, qui fuit tempore testamenti facti & quem solum testator legasse censeri debet, non alium quem aliquando res mutata præbere posset: atque omnino finito eo usu, quem tunc res habebat, solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse, cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem, longe alium usum esse ædium, alium areæ, alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum, alium pecoris, alium corii, *l. quid ergo* 70. §. 3. *de usufr.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata, aut ex ea, quod dici possit legato non contineri. Proprietas unjusmodi est, eadem totius & singularum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Plane si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcumque in toto aliqua mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, ususfructus debetur, & talem qualem pati potest, præstabit, scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partim illius ususfructus legatus est, *l. quoties* 34. §. *ult. de usufr.*

TEXTUS.

Si finitus sit.

4. ***Cum autem finitus fuerit totus ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.***

NOTÆ.

4. *Finitus fuerit totus*) Diserte *totus*. Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l.* 1. & *totum titulum de usufr. accresc.* Vide fusius in *commentar.*

COMMENTARIUS.

1. *Propria juris accrescendi inter plures in eumdem usumfructum conjunctos.*

TOtus ususfructus) Cum ususfructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur: atque ex eo tempore, qui ante formalis erat, causalis incipit esse, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte, si *finitus fuerit totus*: nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eumdem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l.* 2. *princ.* & §.3. *l.*3. *de usufr. accr.* (1) Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum *lib.* §. *si eadem* 8. *inf. de leg.* tantum quæ propria hujus juris sunt in usufructu hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo, unum est in parte deficiente, & accrescente in quo hoc singulare, quod & quæsita & deamissa jus accrescendi admittat, sive conjuncto accrescat, *d. l.*1. §.3. alterum in persona ejus cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat, qui suam partem vel non agnovit, vel agnitam amisit, *l.*10. *eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eam hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel cohæredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, & agnitam habet, *d.* §. *si eadem* 8. *l. qui ex duabus* 53. §.1. *de acq. hær. l.*3. §.*ult.* & 2. *ll. seqq. de bon. poss. l. si ex pluribus* 9. *de suis & leg. hær. l.un.* §. *his ita* 10. & *seqq. Cod. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulp. *d. l.*1. §. 3. quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæsita est. Hæc una ratio utrumque hoc, quod proprium in usufructu esse diximus, efficit, ut scilicet & amissus alteri conjuncto, utpote cui is adhuc legari intelligitur, accrescat, & accrescat etiam non agnoscenti vel amittenti portionem suam; quippe cui & ipsi ea portio quam non amisit, adhuc legari intelligatur. Hinc illa veterum, *ususfructus non portioni, sed homini accrescit*, *l.*14. §.1. *de exc. rei judic.* Item, *pretio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit*. Papin. *l. si Titio* 33. *in fin. h. t. de usufr.* Consul. Don. 10. *comm.*23. Jo. Suev. 1. *de jur. accr.*4. & Clariss. JC. B.M.D. Corn. Swanemburg. in libello suo posthumo *de jur. accr. c.* 4.

TITULUS QUINTUS.

DE USU, ET HABITATIONE

Dig. Lib. 7. *Tit.* 8. *C. Lib.* 3. *Tit.* 33.

Continuatio: quid sit usus, quid uti; quæ onera usuaria incumbant?

EX tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, ususfructus: sequuntur duæ reliquæ usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc titulo. Primum de usu, quibus modis constituatur & amittatur, digito ostenditur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum: postremo tractatur de habitatione. Quo peracto, aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usum sic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus, & prædiorum quoque servitutes jura sunt, & dicuntur respectu ejus, cui debentur. Est jus utendi, non etiam fruendi, nam fructui quidem usus inest, at usui fructus deest, *l.*14. §. *h. t.* Ubi est, rem tractare & exercere ad commoditatem aliquam ex ea percipiendam, quæ secundum rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu, quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur: verum hoc interest, quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, ususfructus omne rei emolumentum continet: Est igitur usus jus utendi duntaxat, non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usuifructui conveniunt: nam nec usus rei propriæ separatus intelligitur, & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis de-

deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet adempta fructus causa, usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit, restituturum quod inde extabit, *l. 5. §. 1. l. pen. us. quem cap. l. pen. §. 2. h. tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usuarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat, si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si vero ad utrumque, pro rata dividantur, *l. si domus 18. eod.*

TEXTUS.

Communia de usufructu & usu.

Iisdem illis modis, quibus usufructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: iisdem illis modis finitur, quibus & usufructus desinit.

COMMENTARIUS.

1. *Quid inter usum & usumfructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo?*

AIt, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus usufructus constituitur & desinit, idemque traditur *l. 3. §. ultim. de usufr.* & de constitutione, *l. 1. §. hoc titul.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus: maxime vero testamento, sicut & usufructus, *§. 1. tit. præced. l. 3. l. 6. de usufr. tot. titul. de usu & usufr. leg.* Et testamento quidem ipso jure pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usuarium induxerit in fundum aut ædes, ut patiatur eum uti, *dict. leg. 3. de usufr.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest, sicut cæteræ servitutes omnes, *l. ult. Cod. de præsc. long. temp.* Amittitur morte usuarii, maximaque & media capitis diminutione, non utendo, consolatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quibus scilicet modis usumfructum extingui constat, *§. penult. tit. præc.* Et tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod usufructus etiam pro parte constitui potest, usus non æque, *l. 5. de usufr. l. usus 19. h. tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte possumus, sed usus cujusque, semper in solidum est, *dict. leg. 19. junct. l. 5. ult. commun.* Hoc autem est ex eo, quod usus tantum necessitati servit, & solo utentis facto ac consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit; in quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt, & facto terminantur individuæ, *l. viæ 17. de serv. l. 1. §. si usufructus 9. ad leg. Falc.* Usufructus autem dividuus est: quia licet & ipse in facto ab initio consistat, & facto tamen solo non terminatur, sed post se reliquis & fructuario adjecit fructus atque omnem rei utilitatem, cujus utique divisio esse potest, *dict. leg. 1. §. 9. sed usufr. 81. ad. leg. Falcid.* Cujac. Donell. & DD. vulg. *ad leg. stipulationes 72. de verb. oblig.* Gomes. 2. *resp.* 10. *num.* 18. Castill. *tract. de usufr. cap. 31.* Ad hæc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, *l. 6. §. 1. de usufr. l. 16. §. 1. famil. ercisc. l. 6. §. 10. comm. div.* de usu nihil tale, non magis quam de servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat, nunquam ad conjunctum, ut aliquando usufructus. Quinimmo plures in eumdem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus revisionem non recipit, eadem non recipit communionem. Et propter si duobus ejusdem rei usus legatus sit, nulla intelligitur conjunctio aut usus inter eos communio, nec concursus partes faciunt. Et ideo altero deficiente nihil alteri accrescat, sed quod omissum aut amissum est, statim ad proprietatem redit: ac neque communi dividundo judicio locus est inter ejusdem rei usuarios, *l. 1. comm. div.* ut inter plures ejusdem rei fructuarios, *l. 7. §. 10. eod. tit.* nisi utili, *arg. leg. 32. de stip. serv.* & tum res ita transigetur, ut uni usus totus adjudicetur, & is alteri vicissim condemnetur in præstatione partis æstimationis, *l. 10. §. 1. comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. dict. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi?

1. *Minus autem juris est in usu quam in usufructu; nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus, pomis, floribus, fæno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest, quum is, qui usumfructum habet, possit hæc omnia facere.*

NOTÆ.

1. *Minus juris*) Id est, minus emolumenti: nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, *l. 12. §. 1. h. t.* usufructus omnem rei utilitatem continet, *l. 7. l. 9. ff. de usufr.* Denique fructuarius defruitur. Defrui est omnem rei fructum percipere. Fest.

Hactenus morari) *l. 11. eod.* sed explica hæc ex *l. 10. §. ult. l. 12. per eod.*

Hæc omnia facere) *l. 12. §. 2. leg. 38. l. 67. ff. de usufr. l. 8. §. ult. ff. de per & comm. rei vind.* retento scil. jure, quod personæ ejus inhæret, *l. 66. ff. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse, quantum ad victum sibi sufficiat: & qua conditione?*
2 *Modus hujus juris proprius, & quam large aliquando cum usuario agatur?*
3. *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium?*
4. *Usuarium rem utendam alii locare aut vendere non posse: nisi forte ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*
5 *Fructuarium posse jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento scilicet jure, quod ex constitutione personæ ejus inhæret:*

HOC *§. & seqq.* docet Imperator, quid re cujusque usus continuat, & quibus in rebus discrepet ab usufructu: idque exemplo veterum declarat propositis ordine quatuor speciebus, usu fundi, ædium, servorum peco-

pecuniam; unde reliquarum rerum usus facile intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu, id est, minus emolumenti, [illegible] siquidem usus cujuscumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, *arg. hujus* §. & *l. plenum* 12. §. 1. *eodem*. Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, vid. *titul. præc. in princ.* Denique & ususfructus inest, & ideo si ususfructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem: & si sibi tibi usus, mihi ususfructus legetur, concurrere nos in usu, *l. per servum* 14. §. 1. & 2. *h. tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius defruitur. Defrui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire, significantes omnem fructum percipere. Plane in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an ususfructus: quia usus in his rebus tantum continet, quantum ususfructus, *l.* 5. §. *ult. l.* 10. §. 1. *de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* VINN. Quemadmodum autem minus juris est in usu, quam in usufructu; ita & minus oneris ei inest. In usufructu enim onera ferre usufructuarium, qui emolumentum omne capit, æquum est. In usu, quia communia sunt commoda proprietarii & usuarii, onera quoque utriusque communia sint, oportet, *l.* 18. *ff. h. tit.* HEIN.

(1 *Oleribus, pomis, floribus, fæno, stramentis, & lignis*) De his nulla fuit inter Veteres controversia. Dubitatum de foliis, oleo, frumento, frugibus; sed obtinuit contra Nervæ sententiam, ut etiam ex his usuarius sumere posse, quod ad victum sibi & familiæ suæ sufficiat, & generaliter ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, *d. l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Malim tamen eo loci pro *foliis* legere *oleis*, cum D. Cujac. *in notat. ad hunc loc.* & 9. *obser.* 37. Don. 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum jungatur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent. Nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fæno, olere, lignis uti conceditur: & quod de usu foliorum ex Catone & Columella refert Rævard. *conj.* 4 pecora illis ali solita, hoc vel magis ad fænum pertinet. Stramenta quoque jumentis usui sunt, & esui, & poma, & olera, familiæ domini rustice. Nullo autem colore, quod Jureconsultus de foliis indefinite enunciat, trahi potest ad folia barbarica, aut Indica, aut cum Zas. *par. h. t. h.* 12. unde transtulit Cantiuncula in paraphrasim suam) ad folia mori, quam fronde nova pubescente depascuntur bombyces, aut palmæ, ex cujus foliis in quibusdam partibus lanam trahi, & validos funes in Oriente fieri testatur Plin. l. 13. *cap.* 4. & *l.* 16. *cap.* 23. Et cur non addiderunt scopas etiam e palma fieri solitas, quod ostendit Martial. *lib.* 14. his versibus.

In pretio scopas testatur palma fuisse:
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Et fortassis his usus non minus Europæ, quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Cæterum ita demum existimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque, & arationis pro sua parte usuarius sumptus ferre velit, quod etsi nusquam scriptum est, humanitas tamen suggerit: & usu fundi relicto, si non major sit fructus, quam qui legatario usui sit, æquum est, ipsum solum onera culturæ sustinere, *per leg. si domus* 18. *hoc titul.* Manifeste autem fallitur VVesembecius *par. h. tit. num.* 2. dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cæteris fructibus industrialibus, contra textum expressum *in dict. leg.* 12. §. 1. *eodem*, & cur, cum impensas sementis præbet, non utatur terræ maris largitione? VINN. Lectionem Florentinam *leg.* 12. §. 1. *ff. hoc titulo*, acriter defendit Guil. Fornerius, ostendens, ex foliis facta esse unguenta. Sed dubito, de his foliis sensisse Nervam, Jacob. conjectura ingeniosa est, sed codices MSS. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haud malam putarem, si commode dolia jungerentur stramentis, oleo, frumento, frugibus. Retineri itaque potest vulgata lectio *foliis*, quibus ruri haud raro utuntur, quæ sæpe substernunt pecoribus. Frondem, adeoque & folia, bobus dabant veteres, Phædr. *Lib.* 2. *Fab.* 8. HEIN.

(2) *Ad usum quotidianum*) Modus utendi hujus juris proprius, dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l.* 12. §. 1. Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Qui etiam longius aliquando itur, & tam large cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur, hactenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundent in fundo, etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. leg.* 12. §. 1. Enimvero necesse non est, sumere singulis diebus, quod in singulos eos sufficiat: sed ex penu, hoc est ut ego interpretor, id est, quod ad penum pertinet, capere liceat, quod sufficiat in annum quamvis eo modo fructus consumuntur, quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l. si alii* 42. *de usufr.* in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructum nomine supersit, *l. fundi* 15. *h. tit.* Dom. Tuld. *commentar. hic cap.* 2. eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similium rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum, usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest ad hæredem ejus non pertinebit, desiit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos descripsit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominium eorum acquirit, quod tribuitur fructuario; sed tantum jus iis modice utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici, quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt aliunde, quam ex re usuaria comparare possit.

(3) *Hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit*) Possessio earum fundi partium, quæ ad fructum ferendum comparatæ non sunt, quodammodo penes usuarium est; placet enim, eum solum usurum cellis vinariis & oleariis, dominum invito eo non usurum, *l.* 10. *in fin. h tit.* Deambulandi quoque & gestandi in locis ad eam rem paratis, solus jus habet, *d. l.* 12. §. 1. *eodem*. Prætorio autem, hoc est villa urbana, sive domo, non fundi, sed domini causa parata, non utetur, nisi & nominatim hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *dict. leg.* 12. *in princ.* Sed vil-

villam suo jure occupabit, & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam, quæ agri colendi causa illic sit, sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos, & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult.* & *d. l.* 12. *in princ.* Hinc explicandum, quod ex Cajo *l.* 11. *eod.* Justinianus hic tradit, hactenus usuarium in fundo morari posse, ut neque domino fundi molestus sit, neque is, per quos opera rustica fiunt, impedimento.

(4) *Nec ulli alii jus, quod habet, locare aut vendere*) Quod hic traditur, etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. & *d. l.* 12. §. 4. & *ult. eod.* Et hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est, & modus familiæ ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet; nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat, testatorem jus quoque locandi aut vendendi suum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii, vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit, cum testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. §. 4. Si silvæ usus legatus sit, Hadrianus statuit, fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet, legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* Quod plerique sic accepere, si silva remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere, & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit, quam si in propinquo ab aliis emeret: neque ita intelligendum, quasi legatario liceat cedere & vendere tantum, quantum solebat dominus, aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, Connan. 4. *comm.* 5. & VVesemb. *par. hoc tit. num.* 3. existimant, si velit, fructus quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere & donare.

(5) *Possit hæc omnia facere*) Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito hærede, *l.* 67. *eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτοῦ Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, usufructuarium, jus, quod habet, *l.* 11. *h. t.* usufructum, *l. non utitur* 38. *eod.* jus utendi fruendi, *tit.* 8. §. *ult. de per.* & *comm. rei vind.* posse alteri concedere, locare, vendere. Et illum tamen certum est, non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufr.* 57. *solut. matrim.* Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus, cui ususfructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat; unde etiam cum de amittendo, aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d. l.* 8. §. *ult. de per.* & *com. rei vind.* Alterum reale consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod a fructuario abire & in alium transferri possit, licet a personali illo jure permanet, inque eo ita radicetur, ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo hæredis & creditoris, in quibus similiter jus gentium animadvertimus; unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, hæredi ex aditione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quasita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel hæres extitit, semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate, nihilominus actiones hæreditarias ipse exerceat & excipiat, *l.* 2. *C. de hær. vel de act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de novat.* Hoc in eo, quod hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l.* 2. *in princ.* & *passim. de hæred. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. *aut.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest, ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l. si cum* 16. *de pact. l.* 5. 7. 8. *C. de hær. vel act. vend. l. ex legato* 18. *C. de leg.* Potest igitur fructuarius, ut eo redeam, etiam jus quod habet in alium transferre: utique tamen non illud, quod ex constitutione personæ ejus inhæret: sed eo retento, quod extra personam ejus consistit, quod habet in re fructuaria. Cumque nullo modo efficere possit, ut totum jus quod habet a se habet, atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet; sed ubi causa sive titulus non obstat, sed appellatione ususfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure suo potest; veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi; si vendidit donavit, *d. l. non utitur* 38. *de usuf. l.* 11. *h. t. d. l.* 8. §. *ult. de per.* & *coram. rei vind.* De cessione autem in jure dici non potest, quia per eam necessario jus omne a cedente abibat secundum ea, quæ tradita sunt sub §. penult. superioris tituli.

TEXTUS.

Ædium usus.

2. *Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum inhabitet; nec hoc jus ad alium transferre potest, & vix receptum esse videtur, ut hospitem ei recipere liceat, & cum uxore liberisque suis, item libertis, nec non personis aliis liberis, quibus non minus, quam servis utitur, habitandi jus habeat: Et convenienter, si ad mulierem usus ædium pertineat, cum marito ei habitare liceat.*

NOTÆ.

2. *Item is*) Hic locus ex variis prudentum responsis consutus est, *l.* 2. *l.* 3. & *aliquot seqq. hoc tit.*

Ut hospitem recipere: Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. Vid. Bud. *ad Pand. in d. leg.* 6. §. 3. *de offic. proconf.* Salmas. ad *jus Attic. cap.* 26. VINN. Præclara quoque est, quæ de jure hospitii exstat Jo: Schilteri dissertatio addita cum ejus *Manuductione philosophiæ moralis ad Jurisprudentiam.* Nec tamen soli hic intelliguntur hospites illi gratuiti, uti hic statuisse videtur Vinnius, sed & mercenarii, *l.* 2. §. 1. *l.* 4. *princ. ff. hoc tit.* Id enim paulo post ipse Vinnius agnoscit in Commentario, ubi Bachovium hæc verba ita interpretantem refellit. VINN.

Nec non personis aliis) Tandem ei decursum, ut & inquilinum recipere possit; dum ipse quoque inhabitet, *d. leg.* 2. §. *ult.* & pensionem percipere.

COMMENTARIUS.

1. Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, aliis locare.

HOC §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissime autem hoc declaratur l. ... §. 1. cum 6. *l. seq. & l. pen.* §. 1. *hoc t.* De eo nemo dubitavit, quin is, cui ædium usus legatus est, eas inhabitare possit: uti & illud quoque semper constitit, non posse usuarium habitationem alteri locare, vendere, aut gratis concedere, *hic text. & l.* 8. *eod.* Circa eum autem, qui ipse inhabitet, quædam quæsita sunt. Veluti, si ædes amplæ sint, & tam angustus usuarius ut eas totas simul occupare non possit, an non liceat proprietario partibus iis, quæ vacabunt, uti? Sed placuit, non licere, quia cum usuarius jus utendi habeat, etiamsi nunc non utatur, postea tamen cum voluerit, uti potest, & alio tempore partes illas occupare, *d. l. pen.* §. 1. Item, an qui ipse inhabitet, possit in partem habitationis alios admittere? de quo mox in explicatione textus.

Nec hoc jus ad alium transferre) Qui usum ædium habet, neque locare, neque concedere habitationem, neque vendere usum potest, *l. hoc tit.* quod non est speciale in usu ædium, sed ad aliarum quoque rerum usum pertinet, ut relatum *sup. §. præc.* Illud speciale est, quod usus hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usumfructum; idque clarissime patet ex locis supra citatis, & hoc §. junct. *leg. 15. eodem.* (1) Quod autem diximus, eum qui usum ædium habet, non posse habitationem locare, aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, *d. l.* 8. nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut quia nimis spatiosæ occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, *l. 4. h. t.* quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, *l. 2. in fin. eod.* notatur a Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, *d. l.* 4. nam *inquilinus* proprie dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus. *l. res pign. 37. de acq. rer. poss. l. 1. §. 1. l. 2. de migr.*

Et vix receptum esse videtur) Quod ait, vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægre quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum: tandem tamen obtinuisse, *d. l. 2. §. 1.* Ait *ut hospitem recipere liceat.* Eum qui ipse inhabitat, placuit etiam hospites recipere posse, *d. l. 2. §. 1.* sive gratuitum illis hospitium præbet, sive mercenarium, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 14. in princ.* Nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitis eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum ἰδιοξενίας, hoc est, privati hospitii erat: de quo Bud. *ad leg. 6. §. 3. de off. proconf.* Salmas. *ad jus Attic. cap. 26.* Plane etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest: tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebit, quæ publice viatoribus omnibus & peregrinis pateat, *arg. l. 13. §. ult. de usuf.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis) Domus usu marito relicto, facile admissum fuit, ut maritus illic habitare cum uxore liberisve suis, cum servis item, & famulis, idest, cum omni familia, *d. leg. 2. in princ.* Quæstio autem fuit, an & cum libertis. Sed Labeo & Celsus etiam hos recipi posse admiserunt, *d. l. 2. §. 1.* Paulus & clientes *l. 3. eodem.* Ita dicebantur homines liberi, qui se ad potentioris alicujus ductum applicabant, ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *leg. 7. §. 1. de recet. & post lim.* susceptos posterior ætas vocavit. Consule Hotomann. *in lexic.* Nec mirum hoc admitti, cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi possit, qui modo honesto cum eo, qui usum habet, habitaturus sit. VINN. De clientibus & susceptis cum Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus *ad* Symmach. *Lib. 5. epistola 39.* Valesius *ad* Ammian. *Lib. 30. capit. 4.* Jac. Gothofredus *in Glossar. ad Codicem Theodosian.* & Petr. Pithœus *ad Patriat. LL. Mos. & Rom. tit. 9. §. 3.* Si peregrinus se ad civem Romanum tamquam patronum adplicasset: patronus ei intestato succedebat, quod vocabatur JUS ADPLICATIONIS. Cicer. *de Orat. 1. 39.* HEIN.

Cum marito ei habitare) Ne mulieri matrimonio carendum sit, cum uti vult domo, *d. leg. 4. §. 1.* Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si a viro divertisset, placuit tamen, cum viro habitaturam remissa ei conditione legati, *dict. leg. 8. §. 1.* Hoc amplius, si virgini, aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l. 4. §. 1.* nec solum cum marito, sed & cum liberis, parentibusque & libertis, cum socero etiam habitaturam; atque eo usque processum, ut eosdem quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l. 4. in fin. & l. 6. eodem.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quam si is sit, qui honeste cum iis sit habitaturus, *l. 7. eodem.*

TEXTUS.

De servi vel jumenti usu.

3. Item is, ad quem servi usus pertinet, ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest: ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.

NOTÆ.

3. *Ipse tantum opera*) Non modo tantum ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. eod.*

In jumento) ὑποζυγίῳ, equo, bove, asino, Vid. *dict. leg. 12 §. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, in rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum, & conjugis, *l. plenum 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi; nam & a fructuario hoc agitur, *leg. 15. §. 1. de usufr.* Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare, aut utendas concedere, quamquam parum refert, utrum utatur in re plane sua, an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, *dict. leg. 12. §. ultim. & leg. seq. eod.* De his, quæ per servum usuarium acquiruntur ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institor erit, & opera ejus usuarius utatur in taberna

ad

ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat, usuario acquirit, cum hac opera in re usuarius utatur, *l. per servum* 14. *in princ. l. si ita* 16. §. 3. *l. servus* 20. *eodem*.

Idem scilicet juris est in jumento) Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum, item bovum, habetque in his usuarius omnem usum ad arandum, ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: utetur autem secundum conditionem cujusque jumenti, & morem regionis, *l.* 12. §. 3. & 4. *hoc tit.* nec locavit, nisi forte de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d. leg.* 12. §. 4. Et si forte unus bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare; non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodet, ne legatum ei inutile sit, *argum. leg. penult. in princ. eodem*. Hoc & Cantiuncula, ex quo est verbum, ut fere omnia, descripsit Mysingerus.

T E X T U S.

De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usuarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

COMMENTARIUS.

PEcorum vel ovium) Διαμάρτημα Triboniani, nisi legendum *veluti ovium* οἷον προβάτων, ut vertit Interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. leg.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facetum est, quod ex Mynsingero in margine hic adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum. VINN. Sed vix est, cur hic reus postuletur Tribonianus ἁμαρτήματος. Pecus generatim omne animal denotat: & ita accipere vocabulum videtur Vinnius. Sed speciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves, & Græco πόκος, *vellus*. Illustr. Bynkesk. *de reb. manc. cap.* 6. *p.* 1. 9. Et is sensus hic occurrit. *Pecora vel oves* hic junguntur tamquam synonyma. HEIN.

Neque lacte, neque agnis, neque lana) Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum, aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usuarius sumere potest, sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & fœcundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte, neque enim tam stricte voluntates interpretandæ: *dict. leg.* 12. §. 2. Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat, ut iis utatur; diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

T E X T U S.

De habitatione.

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus: quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata, permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

N O T Æ.

5. *Nostra decisione*) Ex constitutione Justiniani habitatio usumfructum ædium imitatur, ut & locari possit: & consequenter etiam vendi, & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est, manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *leg.* 13. *Cod. de usuf.*

COMMENTARIUS.

1. *Falso a nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari posse.*

REstat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectu idem pene est habitatio quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usuarius, *l.* 10. *h. t.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis, quibus usus & ususfructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non modo, *dict. l.* 10. quod ideo placuit, quia habitatio magis in facto, quam in jure consistit, *l. pen. de cap. min.* ex quo est, quod legatæ habitationis dies non semel cedat, sed per dies singulos, perinde ut ususfructus in singulos dies relicti, *l.* 1. *princ. quand. dies usu. l. ced. & arg. d. l. pen. de min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio, ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim admittebatur *d. l. pen. & d. leg.* 10. Ex constitutione aut Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *leg. pen. C. de ususfruct.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia; quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

Quasi proprium aliquod jus) Hoc est, species quædam servitutis personalis, quæ proprie neque usus est, neque ususfructus, licet olim parum distaret ab usu, *dict. leg.* 10. Hodie per constitutionem Justiniani *l.* 13. *Cod. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. (1) Sunt tamen qui negant, habitationem esse speciem servitutis personalis, & omnino servitutem esse: quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur a Marciano, *l.* 1. *de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas dumtaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectu idem erat quod usus, auctore Ulp. *dict. l.* 10. Quod autem ajunt, de servitute tam personali quam reali proditum esse agendi in tam confessoriam, §. 2. *infr. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantum personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodati, aut præscriptis verbis, eo quod habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, sed in obligatione consistat: id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco adparet, & argumento est, quod conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in Pandect. & Codic. tractetur. Nullum autem certius argumentum est, habitationum servitutem & personæ esse, quam ser-

vitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum: est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus constitutum personæ. Nec obstat, quod habitatio in facto potius quam in jure consistere dicitur, *l. pen. de c. minut.* Nam idem [illegible] & de ususfructu prædicatur, *l. un. quand. dies ususf. leg. D.* [illegible] enim illa per extenuationem, non quod hæc non [illegible] eoque similis habitatio ususfructui in dies aut menses singulos legato, *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos ususfructus legatus est, cum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, item & ususfructum servo aut filiofamilias legatum domino aut patri acquiri, habitationem non acquiri: Id[illegible] [illegible] vel ex ipsa, quam citat, *l. 9. quand. dies leg. ced.* [illegible] *leg.* 2. & 3. *eod.* Agnosco autem [illegible] [illegible] mei hebetudinem, qui videre non possum, quomodo id quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda proferetur, probari possit ex *l. 1. in fin. pr. comm.* junct. *l. si gratuitam*, 17. *in princ. de præscr. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati, aut præscriptis verbis dando domino ædium, qui habitationem commodavit, sive gratis alicui concessit. Sed quid hoc ad rem?

Quamquam habitationem habitantibus, &c. *etiam aliis locare.* Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur, quod eam alteri locari permisimus, *l. cum antiquitas*, 13. *C. de usufruct.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui ab initio constituta est, manente, secundum ea, quæ diximus §. 1. *sub eod. cod.* nihil enim interest: & puerile nimis, quod quidam ajunt, ideo habitationem vendi aut donari non posse, quia est jus personale. (2) Nam eadem ratione nec ususfructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstaret, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usuarii, & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & pluribus indiget, nec una omnium conditio, ut recte D. Connan. 4. *comm.* 5. Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licet usus non potuerit, *d. l. 1. comm.* & *d. l. 17. de præscr. verb.* Sed [illegible] [illegible]: non enim de habitatione jam alicui constituta, & ab eo, cui constituta est, alteri commodata illic agitur, sed de commodata aut gratis alicui concessa demum a domino ædium: quomodo locos istos etiam accepit D. Bachovius.

TEXTUS.

Transitio.

6. *Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hæreditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

NOTÆ.

6. *Legitimo, & civili jure.* Antiquitatis studiosis consulant [illegible] in *Pand. ad l.* 2. §. *& cum placuisset*, 24. *de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

Duplex transitio, & utraque perfecta, in epilogo prioris respicitur ad *tit. de rer. corp. & incorp.* hujus libri secundum; ubi cum non tantum servitutes prædiorum usus & ususfructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de servitutibus ut ususfructu & usu hactenus tractatum sit; videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione sequenti harum rerum tractationem in alium locum rejicit. tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ: susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem duntaxat, pariens creditoris actionem in personam, non vindicationem rei. In posteriori epilogo respicit ad §. *singulorum*, 22. *sup. t.* 1. *de rer. divis.* quæ loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili, quod est τὸ ἐφεξῆς. Modi acquirendi jure civili, vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tamquam per aversionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *infr.* §. *ult. tit.* 9. hujus libri. Modi acqurendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio, *tit. seq.* & donatio tit. 7. Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d.* §. *ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *infr. vi bon. rapt. l.* 7. *C. unde vi.* Cum uno ex duobus, qui a Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hær. dec. lib.* 10. Item cum pupillo, & Ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione, *leg. ult. Cod. de sacros. Eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *Topic. traditionem nexu vocat*, & in jure cessio, de quibus Ulp. *tit.* 19. Boet. *ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium 1. *disp.* 12. clariss. Salmas. c. 8. *de usur.*

TITULUS SEXTUS.

DE USUCAPIONIBUS, ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

Dig. Lib. 41. *Tit.* 3. *C. Lib.* 7. *Tit.* 31. & 33.

1. *Non satis considerate a D. Cujacio & aliis pro præscriptionibus hic reponi possessionibus.*
2. *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant?*
3. *Falli, qui putant usucapionem tantum esse rerum mobilium.*
4. *Quæ qua serie hoc titulo tractentur?*

INter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non inso-

incognita fuit, eamque etiam Plato *l. 12. de leg. p. 697.* in suam invexit rempubl. tamen civili tantum ratione, non etiam pure aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam, quam cæteræ acquisitiones civiles recedit. Utrum aut quid jure civili adscribendum sit, an juri naturali, id non ex nudo usu populorum, sed ex eo, quod suggerit ratio naturalis, æstimandum est, *§. 1. supr. de jur. nat. gent. & civil.* Usucapio definitore Modestino, *l. 3. hoc tit.* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definitæ. Quid singula definitioni sibi velint, dicetur postea in explicatione, *§. diutina, 7. infr. eod.*

(1) *Longi temporis præscriptionibus*) Qui hanc partem inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus*, reponendum arbitrantur, *longi tempori possessionibus*, inter quos sunt Cujac. Hotom. Wes. Tim. Fab. Faber, quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani, nec quid *hoc tit.* agatur, satis animadvertere mihi videntur. Mens Justiniani intelligitur ex eo, quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione, cum duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, *§. pen. infr. per quas pers. cuiq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur a Cajo, *l. qui alienam, 54. in princ. de evict.* Hoc tantum interest, quod Cajus duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat Justinianus unum & idem ex duobus istis a se conflatum: neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit, addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis quam de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam fecerit. (2) Erat vero triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu: Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis dumtaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentes, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat, sed jus aliquod dominio simile & proximum, de quo dicam plenius postea. Hasce differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *leg. unic. Cod. de usuc. transform.* (3) Eorum error manifestior est, quam ut refelli debeat, qui hæc genera sic distinguunt ut dicant, usucapionem tantum esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium, & vel unum hujus tit. principium hos refellit. (4) Initio docetur, quæ res, quanto tempore, a quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur, quæ usucapionem non recipiunt: tum de continuatione possessionis & conjunctione temporis: postremo de fisci traditione & præscriptione quadriennii fiscali.

TEXTUS.

Præcipua Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

Jure civili constitutum fuerat, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse rem emerit, vel ex donatione, aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique uno; si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucaperet; ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas præfata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio, inter absentes viginti annis) usu capiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, quæ nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.

NOTÆ.

Bona fide) In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur. *l. 2. princ. ff. pro empt.*

Crederet dominum esse) Aut jus vendendi habere puta procuratorem aut tutorem esse, *l. 109. de verb. sign.*

Biennio) Lex duodecim tabularum usucapionem fundi jubebat esse biennium; cæterarum rerum annum. Cic. *pro Cæc. 19. & 26. & in Top. cap. 4.* de quo vid. Bus. *ad L. 63. ff. de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Salmas. *cap. 8. de usur.*

Justa causa) Id est, justo titulo, nam titulus est possessionis causa, *l. 7. C. de acq. poss. l. 24. Cod. de rei vind.*

Dominia acquirantur) Recte igitur adhuc definietur usucapio cum Modest. *l. 3. ff. h. t.* adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex 12. tab. intellexerit?*
2. *In persona usucapientis quæ necessaria? & de bona fide,*
3. *De justo titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint?*
5. *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni a Justiniano præstituta apud nos quoque observanda sint.*

(1) JUre civili) Hoc plerique sic interpretantur perinde, ac si dixisset lege 12. tab. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionem manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex leg. 12. tab. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Rom. pedem extra Italiam non haberet, adeoque angustissimus intra ipsum Italiam solum finibus Imperium Rom. contineretur. Credibile vero est, propagatis postea Imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Cic. *in Top. c. 4.* hæc leguntur: *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sic etiam ædium. At in lege ædes non appellantur.* Et *in orat. pro Cæcinna, c. 19. Lex usum auctoritatis fundi jubet esse biennium.* Un-

Unde existimare licet, ita lege sancitum fuisse: *Usus, auctoritas fundi biennium est. Cæterarum rerum annus est*. Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. Vulgata non tangemus. Venulejus *l.ult. de evict.* auctoritatem interpretatur actionem pro evictione. Quo sensu etiam accipitur apud Paul. 2. *sent.* 17. L. Seneca *l.* 4. *natur. qu. Ergo si mihi parum credis, Possidemus tibi auctoritatem promittet*, id est, [illegible]. Scævola *l.ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat instrumentum emptionis, nimirum instrumentum, quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum, quo probatio juris nostri, sive, ut vulgo loquuntur, tituli acquisitionis continetur, cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l.* 24. *C. de fid. instr.* Sic apud M. Senecam *l.* 7. *contr.* 6. quæ emptionis tabulæ primum, eædem post auctoritatis tabulæ nominantur. In lege Attinia, & in illa duodecim, *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur, aut jus vindicandi, Grot. *in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero *pro Cæcin. c.* 26. *Aquæductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur. Rata auctoritas*, id est, *firmum ac fixum harum rerum jus*. Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est, *l.ult. de acq. & acq. plur.* In proposito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spatium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixissent, *Fundus biennium possessus usucapitur, cæteræ res annum possessæ usucapiuntur*. Cicero *in or. de Arusp. resp. c.* 7. *Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hæreditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* persuasum est hic significari ipsam usucapionem, sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmas. *l. de usur. c.* 8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cujus ex jure Quiritium dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat legem 12. tab. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra biennium patere locum in rebus soli, in mobilibus non ultra annum. At plerique omnes qui in conditione usucapiendi sunt, re evicta ante impletam usucapionem, actionem pro evictione non habent. Qui pro hærede, pro legato, pro derelicto, pro adjudicato, pro noxæ dedito, pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur, non est locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio, seu jus, quod dominus habet rem a possessore judicio auferendi, intelligi potest; non enim eo principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus, quid juris domino relinquatur intra annum, aut biennium, sed quid usus sive possessio anni, aut biennii tribuat continenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modestini, *l.* 3. *h.t.* Vide Budæum, *ad l. Herennius*, 63. *de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Donell. 5. *comm.* 20. & qui legem 12. tab. commentariis illustrarunt, Balduin. Hotom. Marcil.

(2) *Bona fide*) In persona ejus, quem usucapere volumus, hæc sunt necessaria, ut possideat, ut juste, ut continenter, ut per tempus lege definitum: quorum unumquodque, ut sese offeret, ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide, ad justitiam possessionis pertinet: quemadmodum & illud, quod mox sequitur, de causa. Igitur ad usucapionem non sufficit possidere, nisi & bona fide possideas. Bona fides æstimatur ex eo, quod possessor putavit, eum, a quo rem accepit, dominum esse, aut jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *leg. bonæ fidei*, 109. *de verb. sign. leg. qui a quolibet*, 27. *de contr. empt.* §. *si quis*, 35. *supr. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est, ut remota sit ab errore juris. Nam juris error acquirere volentibus numquam prodest, *leg.* 7. *lege* 8. *de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *leg. numquam*, 31. *princ. h. t. leg.* 1. §. *si a pupillo*, 15. *pro empt.* Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l.unic. Cod. de usu cap. transf. leg. bonæ*, 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *leg. si is*, 15. §.*ult. l. justo*, 44. §.2.1. *h. tit.* præterquam in emptione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur, & quo res traditur, *l.* 2. *pr. pro empt. leg. pen. h. tit.* Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione *dict. leg.* 15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissionis non sit; innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari non posse: at non pati sinceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, *l. si fundum*, 27. *C. de evict.*

Rem corporalem scil. nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de servit.* 43. §. *de acq. rer. dom.* quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu juris usucapiuntur, *l. ult. C. de præsc. long. temp. l.* 10. *si servit. vind.* Vide quæ scripsi *ad* §.*ult. sup. de serv.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, *l.* 10. §.1. *h. t.* quamquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *leg. via*, 23. §.2. *de serv. præd. rust.* de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§.*seqq.*

(3) *Aliave justa causa*) Id est, justo titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium; eos enim, qui nullo justo titulo possident, ratio juris dominium quærere non patitur, *l. nullo*, 24. *C. de rei vind. l.* 4. *Cod. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi, & transferendi conditionem usucapionis, *l. numquam*, 31. *de acq. rer. dom.* §.*pen. infr. per quas pers. cuiq. acq.* Justa causa, aut a privatis est, aut a judice, aut a Magistratu, aut a nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur, *l.* 3. §.*antep. de acq. poss.* cujus generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pan. & Cod. a judice in adjudicantibus, quæ fiunt in judiciis divisoriis, si videlicet de alienis fundis tamquam communibus actum sit, *leg. si per errorem*, 17. *h. t.* alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §.*ult. inf. de off. jud.* A Magistratu quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem juste possidet, qui auctore Prætore possidet, *d. l.* 3. *in fin. l.* 11. *de acquir. possess.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent. Hinc titulus possessionis specialis pro suo,

l. 2.

l. 2. pro suo. Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet, pro suo possidet, *l. 1. eod.* verum ex speciali titulo certa usucapio: ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emptio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, *leg. Celsus 27. hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat, anno ubique uno) *Ubique*, tam in provinciis, quam in Italia. Nam cum res mobiles non solo cohæreant, loco distingui non potuerunt, & constitutione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant, ut usucapio in iis non haberet locum; qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit, quam immobilium, id eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illarum, quam harum amissione præjudicium vertitur: cum alioqui longius tempus poscere videatur usucapio rerum mobilium, utpote quæ occultari possunt, quam prædiorum. Sed hoc nihil est: nam occultatio illa vitio furti rem afficit, & usucapioni eximit. Non alia ratio est quam ea, quam hic indicat Justinianus post Cajum *l. 1. h. t.* quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scil. quemlibet patremfamilias res mobiles uno semestri recensere, & altero quæ desiderantur quærere: prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare: quod & Varro *de rust.* bono patrifam. faciendum esse monet.

Immobilis tantum in Italico solo) Aut eo, quod jus Italici soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum, quibus jus Italicum datum erat, *l. de censibus*, in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locum fuisse dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque a possessoribus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritum erat, plerumqne jus & dominium Quiritarium continebat. (4) Possessores autem prædiorum provincialium directi dominii & pleno jure non erant: sed jus summum dominii populus Romanus sibi reservare consueverat, cum ea bello capta veteribus dominis restitueret, neque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponeret. Cæterum jus, quod possessoribus relictum erat, ut id a domino juris statim in alios traditione transferri poterat; ita & a bonæ fidei possessore longi temporis possessione acquiri, ne semper inquietaretur: quæ acquisitio præscriptio dicebatur, *l. qui alienam 54. in pr. de evict. l. si duo 13. §. 1. de jure jur. l. ei a quo 21. h. t.* Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amissa possessione, utili actione prosequi, *d. l. 13. 1. de jure jur. l. 8. C. de præscr. 30. ann.* hæredibus denique relinquere, & in alios quosvis transferre licebat. Jus nimirum aliquod reale simile emphyteutico, quod proxime ad jus dominicum accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. Repetantur quæ notavimus *sup. per traditionem 40. de rer. divis.* Postquam autem Justinianus, quod præscriptioni deerat, ex usucaapione supplevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fecit; certum est, possessione longi temporis justum & directum dominium possessori acquiri.

Ne rerum dominia in incerto essent) Si jus in usucapione constitutum æstimetur ex meris præceptis juris naturæ sive gentium, defendi ab iniquitate non potest sed quod ex iniquo habet, id contra singulos rependitur utilitate publica. (5) Bono enim publico usucapio introducta est, ne scilicet diu rerum dominia in incerto essent, *l. 1. h. t.* quippe incertitudo dominii facit, ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites & controversias, quibus occurri publice interest: atque ut occurratur, & litium aliquis sit finis, usucapio constituta est, *l. ult. pro suo l. 2. in pr. de aq. & aqu. pluv.* & ideo Cicero *in orat. pro Cæcin. c. 26.* usucapionem appellat *finem sollicitudinum & litium*. Plato 12. *de leg.* Hæc igitur causa legislatores movit, ut usucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt, quæ abunde dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas, & possessionem alterius interpellandam. Quod si facere negligant, & patiantur usucapi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l. alienationis 28. de verb. sign.* Quamquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, *l. unic. C. de usuc. transfor. l. ult. C. de præsc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex usucapione est, pensatur ærario publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquisitionis defensio sit contra eos, quibus ea genere ipso injusta videtur. Appellat sane Justinianus præscriptionem *impium præsidium & improbam temporis allegationem*, *Nov. 9.* verum non simpliciter, sed quatenus eo præsidio homines scienter abutebantur contra constitutionem ipsius, & adversus bona ac subsidia Ecclesiarum. Postea tamen constitutionem istam abrogavit, experimento doctus, eam ex usu Reipub. non esse, *Nov. 111. & 131. cap. 6.* VINN. Nec tamen defendi non potest usucapionis justitia, si respiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis spatium, puta intra decem vel viginti annos rerum suarum nullam curam egit, is sane eas videtur pro derelictis habuisse: maxime quum res immobiles, earumque situs latere vix possint. Si dicas, domino defuisse occasionem vindicandi, quidni possessionem saltim denuntiatione interrumpit? Et quidem, qui rem pro derelicta habet, animus esse debet & consilium derelinquendi, qualehic in domino esse negant, sed justissime leges hujusmodi consilium præsumunt ex negligentia domini, intra tantum temporis spatium rem non vindicantis. Si enim justa ipsi causa sit, cur vindicare non potuerit, veluti absentia reip. causa, minor ætas &c. leges ipsi haud negant restitutionem in integrum & usucapionem rescindunt. HEIN.

Ne domini maturius rebus suis defraudentur) Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quam pars est, cadant, ut est *in d. l. unic. C. de usucap. transform.* Usus autem est verbo defraudandi propter duritiem legis antiquæ, quæ nimis angusto temporis spatio usucapionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Cæterum quod proprie hoc verbum significat; per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua possessori permissum fuit.

Constitutionem super hoc promulgavimus) Ea est *l. unic. C. de usuc. transform.* qua lege, cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem dominii in bonitarium & Quiritarium, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æque ut Italica eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia supersit, si tam longo

tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem a non domino accepit ex justa causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes, per viginti inter absentes continenter possedit; is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. o Quod jus etiam hodie apud nos obtinere decere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam sæculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentes annis viginti, adversus absentes triginta annorum spatio res soli certo jure usucapiuntur, *c. 2. stat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere a jure civili recessum est, quod in præscriptione quantumvis longissimi temporis non tantum bonum possessionis initium requiritur, verum etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. C. de præscr.* cum juri civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nancisci, aut bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usur. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civilia desiderent, *d. l. 3. l. 4. C. de præs. 30. ann.* Clarissimus Grotius *lib. 2. manud. de jurisp. Bat. c. 7.* tradit, duplicem in hac regione usucapionem seu præscriptionem rerum soli in usu antiquitus fuisse, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem fuisse unius anni & diei, eamque jure singularum multarum civitatum & agrorum tunc locum habuisse, cum prædium aliquod venditum esset, interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum aliorumve, qui jurisdictione præsunt, idque prævium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tanti temporis, quantum tertia pars sæculi continet, id est annorum 33. & 4. mensium: cui locus erat in alienatione rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De præscriptione tanti temporis juxta consuetudinem Geldriæ ex professo disserit doctissimus Lamb. Gor. *adv. jur. tract. 3. cap. 3.* Vix autem est, ut aliquid certi secundum mores hodiernos hic definiri possit. Vid. Groenew. *ad rub. C. de præsc. 30. ann. & ibi laudat.*

Decennio inter præsentes, viginti annis inter absentes Explicat, quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentes, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, scil. vel 40. an. alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

T E X T U S.

Quæ usucapi possunt, vel non? De his quæ sunt extra commercium, de servo fugitivo.

1. *Sed aliquando, etiamsi maxime quis bona fide rem possiderit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti si quis liberum hominem, vel rem sacram, vel religiosam, vel servum fugitivum possideat.*

N O T Æ.

1. *Liberum hominem, &c.*) Quia hæ res omnem respuunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. ff. hoc tit. §. 2. inf. de inut. stip.* Res quoque incorporales, veluti servitutes, natura sua usucapionem non recipiunt, *l. 14. ff. de serv. l. 43. de acq. rer. dom.* Cæterum effectu juris diuturno usu & ipsæ quasi usucapiuntur, *l. 10. si serv. vind. l. ult. Cod. de præscr. long. temp.*

Servum fugitivum Defenditur tamen possessor fugitivi 30. annorum præscriptione, per *leg. 3. & 4. Cod. de præsc. 30. ann.*

C O M M E N T A R I U S.

HOC §. & aliquot sequentibus disputatur de rebus quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura est, ut omnem omnino acquisitionem, qualiscumque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit.* Quædam etiam res sunt, quæ cum sint in bonis & acquiri possint, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, *§. 4. inf. l. quamvis 18. cod.* res dominicæ, *tit. C. ne rei dom. vel temp. vind.* civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similium, *l. 23. C. de sacros. Eccles. Nov. 111. & 131. cap. 6.* res furtivæ & vi possessæ, *§. seq.* prædii contra legem Juliam datæ, *l. bonæ 48. de acqui. er. rer. dom. leg. penult. de leg. Jul. rep.* res pupillorum, *dict. l. 3. C. quibus non obstat long. temp. præsc.* quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit, *l. 3. C. de præsc. 30. ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. Cod. in quib. cap. in int. rest.* bona adventitia filiifam. *leg. 1. §. 2. C. de annal. exc.* fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita est, *l. 4. de fund. dotal.* hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Tryphonius in *l. si fundum 16. eod. tit.* Postremo res testamento alienari prohibitæ, *l. 2. C. pro empt. l. ultim. §. sin autem 3. Cod. com. de legat.* Jam pergamus.

Liberum hominem,) Sola temporis longinquitate, etiamsi sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari a Constantino rescriptum, est *l. ult. B. de long. temp. præsc. quæ pro lib.* Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Etenim nec centum annorum præscriptio hic sufficerit, ut bene illic Accurs. quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulus probetur, nec bona fides, *l. 3. l. 4. de præscr. 30. ann.* Cæterum res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut justo titulo acquiri, & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum) Hic servus pertinet ad prohibitionem §. seq. quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l. ancill. 60. de furt. leg. 1. Cod. de serv. fug.* Accursius putat, dominium ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quod possessionem fugientis servi retinet, *l. 1. §. per servum 14. l. rem qua 15. in fin.*

fin. de acquir. poss. Quod receptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc vero cum sit, dominus possidere desinit.

T E X T U S.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. *Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum, & lex Attilia inhibent usucapionem: vi possessarum, lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur, quive per vim possidet, usucapere possint, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hæreditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit; quum utique hæres, qui bona fide tamquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquam transferat, & efficiat, ut a possessore usucapiatur. Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur; quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam veterum sententia existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.*

N O T Æ.

2. *Lex Attilia*) In Pand Flor. *Attinia l.4. §.6. l.33. pr. h. t. l. 215. de verb. signific.* Auctoritas, ait Grot. *in spar. Flor.* est jus vindicandi. VINN. Recte hæc lex dicitur *Attinia*, non *Attilia*, uti apparet ex Gell. *lib. 17. cap. 7.* Ex quo etiam discimus, hanc legem antiquiorem esse temporibus Scævolæ, Bruti, Manlii, P. Nigidii JCtorum. Verosimile itaque est eam latam A. U. C. DLVI. C. Cornelio Cethego, & Q. Minucio Rufo Coss. a C. Attinio, Labeone, Tribuno plebis. Steph. Vin. Pign. *Annal. Som. Tom. II. pagin. 254.* HEIN.

Ab eis bon. fid. emerit) Aut ab aliis, qui jam ante a fure aut violento possessore rem acceperunt.

Bon. fid. accipienti) Species: Cum Titius longo tempore abesset, fundumque suum incultum relinqueret, eum Sejus occupavit, ac mox vendidit, & tradidit, Sempronio ignoranti fundum alienum esse. Hic etsi ipsi quidem Sejo non processisset usucapio propter malam fidem; procedet tamen Sempronio bonæ fidei possessori; quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. VINN. Sunt hæc ex Theophili paraphrasi hoc §. descripta. HEIN.

Quorumdam sententia) *L.38. h. t.* Inter hos, & Sabinum fuisse testatur Gell. *11. C. ult.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit, furtum facere non videri.*
2. *Emendationem Cujacii vers. Quod autem, non esse necessariam.*

F*urtivarum rerum lex 12. tab. & lex Attinia*) Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. *l. non solum 33. in pr. hoc t.* Verba legis Attiniæ prodit Gell. *lib.17. cap.7. Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.* Quorum verborum hic sensus est: ejus rei, quæ surrepta est, dominium a domino numquam recedat: jus & potestatem habeat semper eam vindicandi; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta est, quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus, quod apud Cic. *lib.1. de offic. cap.12.* legimus: *Adversus hostem æterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Attinia quædam addita sunt, de quibus prius lege 12. tabul. nihil cautum fuerat: & Paulus legi Attiniæ tribuit hoc caput, quod est de usucapienda re furtiva, cum in potestatem domini redit, *l.4. §. quod autem 6. hoc tit. leg. potestatis 215. de verb. sign.*

Vi possessarum lex Julia & Plautia) Leges hæ non uno tempore latæ: alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Papia Poppæa, Junia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, *l. non solum 33. §.2. hoc tit.* Ait, *vi possessarum*. Vi possessa res sit oportet, ut usucapi nequeat, neque sufficit, vi aliquem de prædio dejectum esse, nisi qui dejecit, possessionem occupavit. Quod si ille ingressus non fuerit, sed alius in vacuam possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, a bonæ fidei possessore usucapi, *l.4. §. si tu 22. l.83. §.2. eod.* VINN. Recte notat Vinnius binas has esse leges: & tamen illarum, tamquam unius meminerunt leges nostræ etiam alibi; *l.33. §.2. ff. de usurp. & usuc. Plautia*, vel Plotia de vi rata est a M. Plautio Trib. pl. anno U. C. DCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Portione Catone Coss. Julia autem non alia est, quam illa de vi publica & privata a Julio Augusto lata. Vid. *Antiq. Rom. nostr. Lib.2. t.6. §.5. pag.466.* HEIN.

Quod autem dictum est) Superfluum hoc monere. Frustra enim prædictæ leges latæ fuissent, si nihil aliud caverent, quam ut ne fur ipse, aut qui per vim possidet, usucapere possent. Quippe qui nec ante legem Attiniam, aut Plautiam usucapere potuere certo jure propter malam fidem, quam manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantum prospicere leges voluerunt, ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab ea bona fide) Aut etiam ab aliis, qui jam ante a fure aut violento possessore rem acceperant. Nam res cum suo vitio, quo ab initio affecta est, transit, *l.7. Cod. pro empt. l. vitia 11. Cod. de acquir. poss.* Ut autem a bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitium, §. *novissime 5. inf. eod.* Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, *l. ubi 24. h. t.* Plane præscriptio triginta annorum dominum repellet; sic enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur: usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, *l.3. l.4. Cod. de præsc. 30. ann.* quanquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit) Quia rerum mobilium tantum, non etiam immobilium furtum fieri potest, inde colligit, usucapionem in rebus mobilibus difficilius, & rarius contingere, hoc argumento, quod res, quæ furto obnoxiæ sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacumque ex causa alii tradit, eum furtum committere: quod etiam scriptum est, *l.2. Cod pro empt. l.2. Cod. pro donat.*

(1) *Qui sciens rem alienam vendiderit*) Videamus an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge, hæredem rem defuncto commodatam, quam hæreditariam esse putabat, vendidisse, & tradidisse bona fide accipienti: emptorem, cum esset in conditione usucapiendi, cognovisse rem alienam esse. Constat, non interrumpi usucapionem: sed quæro, an si possessor eam rem, antequam usucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendum sit? Et quidem, quamdiu res usucapta non est, aliena est, ut si verba regulæ præcise sequamur, dicendum sit, furtum committi: sed puto, hoc in proposito non debere admitti, & regulam procedere, cum quis ab initio scivit rem alienam esse: qui cum usucapere non possit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam etsi sibi eam retineat intervertendi causa, furtum facit, *l. inficiando 67. de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum possit ipse continuando possessionem rem usucapere, non potest videri furtum committere, si alteri eam tradat. *Cujac. ad l.7. §. procurator 6. pro empt.*

Sed tamen id aliquando aliter) Dixit modo, rerum mobilium difficilem esse usucapionem, idque probavit hac ratione, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc ostendit aliquando aliter se habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere posse, ut res aliena alteri vendatur, aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut a bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Cajo *l. potest 36. h. t.* non iisdem quibus verbis, sed idem significantibus, æque claris ac perspicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus scribit, Tribonianum hoc loco non satis ad suum negotium attentum fuisse, & verba hujus textus nihil significare. Mihi ipse Hotomannus, dum hæc scriberet, vigilasse non videtur.

Bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit) Duos profert modos, quibus alienatio rei alienæ mobilis sit absque furto utrumque ex Cajo *d. l.36.* Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam existimans eam hæreditariam esse, tamquam suam alienaverit. De hærede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum, quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos, an hæres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea sub §. *diutina 7. infr. eodem.*

Partum suum esse credens) Casus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. *in pecudum 37. sup. de rer. div.* Sed nec fructuarius usucapere partum potest, sive sciat, partum alienum esse, sive ad se pertinere putet, quia juris hic error est, qui possessori in usucapione non prodest, *l. numquam 31. h. t.* Cæterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente, quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri cum vendiderit, poterit a bonæ fidei possessore usucapi, *d.l.36. §.1.* quippe cum hic nihil sit in persona accipientis: quod usucapioni obstet, neque furti vitio res affecta sit, nec enim si fructuarius ignorantia juris partum ut suum vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur sine animo, & affectu furandi, qui in errante nullus est, *l. furtum 37. eod.* §. *placuit 6 infr. de obl. quæ ex del.* vulgatumque est, quamvis vel fatuam existimationem excusare a dolo, *per l.1. in fin. de abigeis, l.14. Cod, ad l. Fab. de plag.*

Alius quoque modis accidere potest) Alius modus est apud Cajum *dict. l. 36. §. 1.* si quis sc. errore aliquo lapsus crediderit se hæredem esse, cum non esset, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papin. *l. mandatum 57. mandat.* si hæres defuncti mandatarii quid distraverit animo exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat. Duo alii sunt apud Pomp. *l. pro derel.* si quis id, quod pro derelicto habitum possidebat, vendiderit, item si quis rem vendiderit ab uxore sibi donatam: usque adeo, ut hic non obstet usucapioni, quod emptor sciverit, rem in ea causa esse: quia quasi volente & concedente domino venditur, *d. l.5. pro derel.*

(2) *Quod autem ad eas, quæ solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut si quis*) D. Cuj. hunc locum sic restituit: *Quod autem ad eas res, quæ solo continentur, expeditius procedit, ut quis &c.* ut hæc phrasis, *Quod ad eas res, quæ solo continentur*, sit ellipstica, & intelligatur verbum *attinet*, & quia tunc nondum totius loci sententia constat, inter colon & conjunctionem discretivam quam, is ponit relativum *qui*. Ut si hæc sententia. Expeditius procedit, ut quis sine vi nanciscatur rei alienæ immobilis possessionem, quam rei mobilis sine furto; ac proinde etiam facilius est, ut res immobiles a bonæ fidei possessore usucapi queant. Quæ sententia quidem vera est; sed non ideo necesse est quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta est, & aperta sententia, atque effectu pene eadem, nimirum hæc: *Quod ad res immobiles attinet*. Pro quo Tribonianus dixit, *Expedit, jus ita procedere, ut si quis fundi, aut loci alicui possessionem nactus sit sine vi, licet mala fide de quo dubitari præcipue poterat; is eum locum aut fundum in alium bona fide accipientem transferre possit cum conditione usucapiendi, in qua ipse propter malam fidem non erat; quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivam, cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, lege furtum 37. §.1. & l. seq. h. t.* unde hæc sumpta sunt, in re autem aliena mobili secus esse, quæ a sciente vendita in vitium furti cadat. Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacii quibusdam tantopere placeat, VINN. At quis vel barbaro ævo ita loquutus est.

Quod

Quod ad hanc rem expedit, pro attinet? Recte itaque Cujacius vidit hic ellipsin esse: *quod autem ad eas res quæ solo continentur*, (scilicet attinet) Recte etiam pro *expedit jus* rescripsit *expeditius*. Sed ego postremas syllabas: *expedit* JUS ex lege geminationis legandas puto: *expeditius jus ita procedere*, quo facto sine ulteriore emendatione totius loci sententia constat. HEIN.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit: quippe quam constat solo animo retineri, *l.3. §. saltus* 11.*leg.* 6. §. 1. *de acq. possess.* §. *possidere* 5. *inst. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis, & relinquentis incultam, & Cajus hoc expressit, *longo tempore*, *d. leg. furtum* 37. §.1. Illi perspicue errant, qui locum vacantem interpretantur a domino derelictum. Quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, §.*pen. sup. de rer. div.* qui vero hic vacuus dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem* 38. *eod.* Errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt, correcta esse per *l. ult. C. unde vi*, eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo quia Justinianus interdictum momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronunciandum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam, ubi competit interdictum unde vi, locus esse usucapioni, *l.* 4. §. *si tu me* 22. *l. non solum* 33. §.2. *h. t.* Adde, quod constitutio ista diutius anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit) Ita etiam Cajus *dict. l.*37. §.1. *eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tantum si quis decesserit sine ullo successore, sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum, aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, a Scævola proditum est, *leg.* 1. §. *Scævola* 15. *si qui test. lib.* Adita autem hæreditate, etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes* 23. *de acquir. possess.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarii possessionem sine vi occupavit, etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum, neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem a defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *leg. captam* 40. *h. t.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri, quoniam duo eamdem rem simul possidere nequeunt, *l.*3. §. *ex contrario* 5. *de acq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possess.* 20. *h. t. l.*6. §.*ult. pro empt.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum, & cœperat usucapere.

Abolita est sententia existimantium) In hac opinione etiam Masurium Sabinum fuisse testatur Gell. *l.*11. *cap. ult.* non quod ille credidit fundum locumve auferri, aut loco moveri posse, sed quia furtum a fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, a furvo, quod clam & obscure, & plerumque nocte fiat: æque autem clam & per fraudem posse intercipi possessionem fundi, ac rei mobilis aut se moventis. Sed verius est, furtum a ferendo seu auferendo dictum esse, aut potius a Græco φώρ, per affinitatem litterarum, quod παρὰ τὸ φέρειν, Græci dixere, *l.*1. *de furt.* §.2. *inst. de obliquæ ex del.* Gell. *lib.*2. *cap.*8. quæ notatio non patitur, ut rei immobilis furtum fieri dicamus. Quin nec illud verum est, possessionem domino interverti, si quis clam fundum ingressus fuerit, *l.* 6. §. 1. *de acquir. possess.* furtum autem est interversio possessionis. Quod si revertentem dominum admiserit, jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi locive) Auctores nostri plerumque fundum a loco separant, *l. ex mille* 64. *de evict.* Cajus *l.*38. *h.t.* & *hic* Justinian. Per fundum fere integrum quia significant, agrum cum villa, ædificium cum area: per locum autem certam fundi portionem *l. locus* 26.*de acq. poss.* & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, ruri ager, *l. ager* 27. *l. locus* 60. *l. quæst.*115. *l. fundi* 211. *de verb. sign.* Quamquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpe generalior quam fundi etiam apud nostros, *l.*4. *si serv.vind. l.*1. §. 4. *unde vi*. Consulendi Alciat. Forn. Gadd. *in tit. de verb. sign.*

Principalibus constitutionibus) Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, *t. Cod. de præsc. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo excluduntur, *l.*3.& 4.*Cod. de præsc.* 30.*ann.* Illud hic monendi sumus, Just. *Nov.* 119. *c.*7. unde sumpta est *auth. malæ fidei*, *Cod.de præs. long. tem.* hactenus juris ejus, de quo proxime agimus, constitutioni derogasse, ut si a possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapi aut longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse, & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is qui tradit rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit. Add. quæ notat D. Gothof. *ad d. auth.*

T E X T U S.

De vitio purgato.

3. *Aliquando etiam furtiva, vel vi possessa res usucapi potest; veluti si domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio vel purgato, procedit ejus usucapio.*

N O T Æ.

3. *In potestatem domini*) Non utique ejus, cui surrepta est, *l.*4. §.6. *h. t. l.ult. de vi bon. rapt.* Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatem redire debet, *d. l.*4. §. 6. nisi dominus ipse surripuerit, ita accipe Paul. *l. ult. eod.* in potestatem domini rediisse videtur, cum possessionem ejus nactus est juste, ut avelli non possit, & tanquam suæ rei, *d. l.* 4. §. 2.

COMMENTARIUS.

1. *Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debeat, ut vitium purgetur: domini debitoris, an creditoris?*

Re-

Rerum furtivarum vi poſſeſſarum contra legem Juliam datarum vitium purgatur, ſi in poteſtatem domini, aut prioris poſſeſſoris redierint: ex quo fit, ut jam iterum uſucapi poſſe incipiant, *l. 4. §. quod autem 6. l. ubi 24. §.1. hoc t. l.pen. de leg. Jul. rep.* Verbum poteſtatis in propoſito poſſeſſionem ſignificat, & poteſtatem habendi tenendique, *dict. l.4. §. tunc 12.* Res vi poſſeſſa redire debet in poteſtatem ejus, qui dejectus eſt, ut maxime dominus non ſit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam ſi dejectus ipſe reſtituatur in poſſeſſionem, *fac. leg. 6. §. 3. de precar.* Res contra legem repetundarum data neceſſe eſt ut revertatur in poteſtatem ejus, a quo profecta eſt, hæredive ejus, *dict. l. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipſius domini poteſtatem eam reverti oportet, *dict. l. 4. §. quod autem 6.* quippe furtum in re furtiva ſolum dominum lædit: cui proinde ſoli etiam de re furtiva condictio competit, *§. ult. inf. de obl. quæ ex del.* Plane nihil intereſt, utrum in poteſtatem domini aut poſſeſſoris res pervenerit, an quocumque modo his ſatisfactum ſit, *dict. l. 4. §. ſed & ſi 13. l. ſi fur. 32. pr. eod. l. quamvis 84. de furt.* (1) De re pignori data & ſurrepta creditori dubitari poteſt, in domini debitoris, an creditoris poteſtatem redire debeat, ut vitium purgetur, & uſucapi poſſit: nam Paulus reſpondit, in domini poteſtatem eam redire debere, *dict. l.4. §. quod autem 6.* Labeonis quoque eadem ſententia eſt, *l.ult. eod.* Idem tamen Paulus *dict. l.ult.* notas ad Labeonem ſcribens contra affirmat rem pignori datam & ſurreptam uſucapi poſſe, ſi in poteſtatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari poſſunt. Refert enim, utrum debitor ipſe, an alius rem creditori ſurripuerit. Poſteriore caſu ſemper neceſſe eſt, ut vitium purgetur, in poteſtatem debitoris rem reverti, *d. l.4. §. quod autem 6.* atque hoc etiam Labeo ſenſit. Priore autem caſu purgatur reverſa in poteſtatem creditoris, neque hoc Labeo negaret, fuitque ſemper extra omnem controverſiam, atque a Paulo tantum indicatur, ut oſtendat, poſſe aliquando pignus, quod in poteſtatem creditoris rediit, uſucapi: quod Labeo non expreſſerat. Fuit autem, ut dixi, illud explorati juris. ſiquidem ratio aliqua eſſe debet purgandi vitii per reverſionem rei in poteſtatem alterius quam furis. Enimvero hoc amplius uſucapionem admittebat Caſſius, etiamſi pignus a debitore ſurreptum & diſtractum in poteſtatem creditoris nondum perveniſſet: eaque ſententia etiam obtinuit, *dict. l.4. §. ſi rem. 21. l.5. pro empt.* quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & ſucceſſoribus ejus, diſplicuerit, & abſurdum viſum ſit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum ſententia etiam expreſſe confirmari videtur *l.6. Cod. pro empt.* Verum Cujac. *in dict. l.4. §.1. ſi rem 21.* ita diſtinguit. Aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore uſucapi non poteſt, quia in ipſa venditione furtum committitur, nec poſt admiſſum furtum vitium purgatur re in poteſtatem non redeunte; ac de hoc caſu loqui putat *dict. leg. 6. Cod. pro empt.* aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde vendit, & tunc ab emptore uſucapi poſſe exiſtimat: quoniam poſtquam furtum factum eſt, res in poteſtate debitoris fuit; atque hoc oſtendere, *dict. l.4. §. ſi rem 1. h. t. dict. l.5. pro empt.* Illud conſtat, tractari in hac quæſtione de re aliena, quæ a bonæ fidei poſſeſſore pignori obligata eſt, ut ſit locus uſucapioni pro emptore, *dict. l.5. pro empt.* Quamvis enim res aliena pignori non ſit, inter ipſos tamen, qui contraxerunt, rata eſt pignoris conventio, *per l.9. §.pen. l. ſi pign. 22. §.2. de pign. act.*

TEXTUS.

De re fiſcali & bonis vacantibus.

4. *Res fiſci noſtri uſucapi non poteſt, ſed Papinianus ſcripſit, bonis vacantibus fiſco nondum nuntiatis, bonæ fidei emptorem traditam ſibi rem ex his bonis uſucapere poſſe, & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus reſcripſerunt.*

NOTÆ.

4. *Res fiſci*) *l.18. l.24. §.1. h. t.* Sunt, & aliæ, ut res dominicæ, *Cod. ne rei dom. vel temp.* civitatum, Eccleſiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus, *C. ultim. Cod. de fund. patrim l. ultim. Cod. de fund. rei priv. lib.11. l.23. Cod. de Sacroſ. Eccl. Nov. 9. Nov. 111. Nov.131. cap.6.* Res populorum, *l. 3. Cod. quib. non obſt long. temp. præſc.* minorum, *l. ultim. Cod. in quib. ca. in int. reſt.* præſidi contra leg. Juliam datæ, *l. pen. de leg. Jul. rep. l.48. de acq. rer. dom.* bona adventitia filiifam. *l.1. §.v. Cod. de ann. exc.* denique res prohibitæ alienari aut lege aut teſtamento, *l.2. C. pro empt. l.16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1. *Hoc §. tolli videri præſcriptionem quadriennii, quæ olim bonorum vacantium poſſeſſori dabatur adverſus fiſcum.*

INter res, quæ juris conſtitutione uſucapioni obnoxiæ non ſunt, quarum ſummam complexus ſum ſub *§. 1. ſup.* primum locum obtinent res fiſci, *leg. quamvis 28. ubi 24. §. 1. h. t. leg.2. Cod. com. de uſuc.* Hoc autem privilegium rebus fiſcalibus merito datum eſt, ne negligentia procuratoris fiſci Principis noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia ſuſtinet, ut de ſuis aut fiſci rebus ipſi inquirendi otium non ſit. Rerum patrimonialium eadem ratio eſt, quæ ob id etiam cum fiſcalibus comparantur, *§.ult. eod.* Nullane igitur temporis defenſio poſſeſſorem adverſus fiſcum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ reſcriptum eſt, poſſeſſores eorum 40. annorum præſcriptione defendi, *l.ult. Cod. de fund. patrim. lib.11. l.ult. Cod. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantum hoc cavetur, ut ne adverſus fiſcum ea præſcriptione hoc aſſequantur, ut in futurum a canone poſſeſſio ſit immunis, *l.6. Cod.d. t.* Cæterum Juſtinianus, *l. ut inter Cod. de ſacroſ. Eccl.* civitatibus hoc privilegium dedit, ut adverſus eas nulla procedat temporis præſcriptio, præterquam 100. annorum; quo jure vel magis fiſcum uti oportet. Idem jus eodem loco concedit etiam Eccleſiis: & confirmat *Nov. 9.* verum abrogat iterum *Nov. 111. & Nov. 131. cap.6.* ſubſtituta pro 110. annorum 40. præſcriptione: quibus poſterioribus conſtitutionibus ſublatum quoque intelligi debet jus civitatibus datum, *l. 23. Cod. de ſacroſc. Eccleſ.* atque ita poſtremo in his rebus reditur ad præſcriptionem 40. annorum. In cauſis fiſci criminalibus, uti perſecutio criminum, regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *leg. querela 12. Cod. ad leg. Corn. de falſ.* ita etiam perſecutio bonorum damnati

aut

aut adnotati, quæ filius habet, eoque refero *l. in omnibus 13. de divers. temp. præsc.* quamvis D. Cuj. eam accipiat de causis aliis civilibus, quas omnes scribit 20. annis extingui, excepta causa commissi & bonorum vacantium, *l. 2. C. de vect. & comm. l. 2. §. 1. de jur. fisc.*

Bonis vacantibus) Bona vacantia dicuntur eorum, qui sine herede decesserunt. Strabo *lib. 17. Geogr.* ἀδέσποτα vocat Harmenopulus ἀδέσποτα *lib. 13. t. 1. §. 18.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinet, *l. quidam 96. §. 1. l. fiduc. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fisc. l. 1. Cod. de quadr. præscr. lib. 1. Cod. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib. 2. Feud. t. quæ sint reg.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *t. de jur. fisc. passim*, similes fere antiquis quadruplatoribus, de qua voce vid. *Fest.* Bonorum vacantium numero habenda etiam bona caduca nondum nuntiata, ita dicta, quod in fiscum certis de causis cadunt. Verum caduca pene a Justiniano sublata sint, *l. unic. C. de cad. toll.*

Fisco nondum nuntiatis) Nempe a delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim t. de jur. fisc.* de quo ex professo Gudel. *l. 5. de jur. nov. c. 10.*

Usucapere posse) Opus tamen ad introducendam usucapionem rerum vacantium fuisse rescriptis, indicat hic locus, & *dict. l. 18. eod.* quippe bona vacantia ad fiscum pertinent ipso jure, etsi in patrimonio fisci non videantur computari, antequam nuntiata sunt, & fiscus ad ea animum adjecit. (1) Videtur autem Justinianus hic tollere præscriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, *l. 1. C. de quadrienn. præscr. l. 1. §. de jur. fisc. l. 10. de div. temp. præsc.* Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco eo obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris; quippe cum hoc tempus actioni fisci præstitutum esset, uti quinquennium vindicandæ rei, quæ in commissum cecidisset, *l. 2. C. de vind. & comm.* usucapioni in eo, quod breviori tempore impleatur. Si vero idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus: quod aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit, poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de iis rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito, quin hæc mens Justiniani fuerit: argumentoque est, quod Tribonianus in *l. quamvis 18. h. t.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet*: uti primæ notæ Scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

T E X T U S.

Regula generalis.

5. Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bonæ fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

C O M M E N T A R I U S.

Conclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem, quod bona fide possideat, quod rem ex justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, nisi res sit integra, & in se nullum vitium habeat, id est, talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac. l. ult. 24. h. t. l. 5. Cod. pro empt.* De possessione, quæ fundamentum est usucapionis & causa proxima, deque ejus continuatione, dicam ad *§. diutina 7. infr.*

T E X T U S.

De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit, velut si quis, quam non emerit, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fuerit, quasi ex donato possideat.

C O M M E N T A R I U S.

JAM ante dictum est, nulla justa causa possessionis præcedente, usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l. null. 24. Cod. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp. l. 6. C. de acq. poss.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de usuc. pro hær. d. l. nullo 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp.* Justæ autem causæ possessionis sunt eædem, quæ & dominii acquirendi, *l. 3. §. 21. de acq. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse: hoc est, non is, qui putat se emisse, sibi donatum aut legatum esse, cum non sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui vere emit, cui res vere donata aut legata est, *l. Celsus 27. h. t. l. 7. pro don. l. 2. & 3. pro leg. l. 7. pro derel. l. 1. §. ult. pro dot.* quippe falsa nostra existimatio rei veritatem non mutat, *l. 6. ad mun.* Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo: sed errare eos Celsus ostendit *d. l. 27.* Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valeat. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modo emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiamsi nihil horum sit, pro emptore, prove donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere, quoniam & titulus pro suo justus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est, unus specialis, qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l. 2. pro suo* alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis; ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, prove legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro justo titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, *l. 1. pro suo.* Jam puto, intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat; nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut justus & probabilis error possessoris usucapione non obest, veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino per-

persuaserint, quam emendam illis mandaverat, in hoc errore possessor pro emptore usucapiet, quia in aliena facti ignorantia tolerabilis error est, *l. quod vulgo* 11. *pro empt. l. ult.* §.1. *pro suo*. Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, *l.2.* §. *si pupillo*, 15. & §. *seq. pro empt.*

T E X T U S.

De accessione possessionis.

7. Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, & hæredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, hæredi & bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ne tempora continuentur.

N O T Æ.

7. *Diutina possessio*) Sine possessione usucapio non procedit, *l.25. h.t.* Non autem præcise exigitur possessionis continuatio in una eademque persona; sed receptum, ut etiam alienæ possessionis accessione uti liceat, *l.14. h. t. l.2.* §.19. & *seq. pro empt. l.13.* §.1. & *deinceps de acq. poss. l.* 14. *de div. & temp. præscr.*

Hæredi continuatur) *l.43. h. t. d. l.2.* §. 19. eadem ratione, qua perseverat usucapere, qui postea cognovit rem alienam esse, *l.* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* nam hæres defuncti vice fungitur, *l.* 22. *hoc tit.*

Hæredi non prodest) Quin etiam [illegible], hæres non tantum in virtutes, sed etiam in vitia defuncti, succedit, *l.11. de div. & temp. præsc. l.* 11. *Cod. de acq. poss.*

Et in usucapionibus) Sensus est, se constitutione sua cavisse ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio observaretur & in usucapione a se reformata, & rerum quoque mobilium, Cujaciana transpositio non placet.

COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumentum sit possidere?*
2. *Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuatam requiri.*
3. *Interrumpi possessionem duobus modis: & quis utriusque effectus?*
4. *Ad implendam usucapionem etiam alienæ possessionis accessione uti licere.*
5. *Justam possessionem defuncti prodesse etiam scienti rem alienam esse: injustam defuncti non prodesse licet ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat?*
6. *Cujac. Wesemb. Hotomannus confutantur: & quis sit sensus verborum, in calce hujus §. ostenditur.*

IN primis eum, quem usucapere volumus, possidere oportet. Sine possessione, ait Jurisconsultus, usucapio contingere non potest, *l.25. h. t.* (1) Possidere in hoc argumento is solus intelligitur, qui animo domini rem tenet. Quamobrem hinc removentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, coloni, is cui res commodata, aut apud quem deposita est, *l. non solum*, 33. §. *qui pignori*, 4. *h. t. l. pen.* §. *qui satis l. eod.* §.4. *infr. per quas pers.* §. *possidere*, 5. *inst. de interd.* deinde etiam sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat. Etsi enim hi vere possideant, *l. licet*, 17. §. *depos. l. si quis*, 17. *in fin. de acq. poss.* tamen quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt; quia rem non ut suam, non animo domini tenent. (2) Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc recte usucapio a Modestino definitur, adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, *leg.3. h. t.* In computatione temporis hoc observatur, ut non a momento ad momentum computetur, sed dies postremus cœptus pro impleto habeatur, *l.6. eod.* Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione ejicitur, aut res nobis eripitur, *l.5. eod. l.15. de acq. poss.* altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem vere & naturaliter possidere non desinimus, & implemus usucapionem, *l.3. pro don. leg.2. ult. pro empt.* sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucepisset, *l. si post*, 18. *de rei vind.* (3) Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent, sed a recuperata possessione tempus denuo inchoaretur: & proinde etiam, quod ad bonam fidem possidentis attinet, initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l.15.* §.2. *h. t. l.7.* §. *qui bona*, 4. *pro empt.* Neque ex hoc jure quicquam mutatum. Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax; lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, quod facti esset, etiam plene interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset, etiamsi post omissam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possedisset, *l.2. l.3. l. nec bonæ*, 10. *C. de long. temp. præscr. l. nemo*, 10. *C. de acq. poss.* Sed hæc differentia sublata est per *l. pen. & ult. C. de ann. except. l. un. C. de usur. transf.* An ergo & mala fide simpliciter incidens, quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l. bonæ*, 48. §.1. *de acq. rer. dom.* interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l.2.* §. *ult. pro empt.* Verum hoc nusquam scriptum est: nec eadem effecta, quæ litis contestationi tributa sunt, fuisse scientiæ rei alienæ simpliciter incidentis, argumento est tum vetus usucapio; tum etiam Justinianæa, quæ non interrumpitur ex posteriore alienæ rei scientia, *d. l. un. C. de usuc. transf.* plenissime tamen interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expresse constitutum est *leg. pen. & ult. C. de ann. except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione, quam in veteri fuit, quod nova dictis modis plane interpellatur. (4) Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcise exigimus, ut una eadem persona per totum legitimum tempus continenter possideat; sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributum est, licet dissimiliter, de quo statim, eam successori rerum singularium, puta emptori, donatario, quam successori universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, *h. t.* & §. *seq. leg.*14. *eod. l.2.* §. *si defunctus*, 18. & *seq. pro empt.*

empt. leg. Pomponius, 13. §. 1. *& seqq. de acquir. poss. l. de accessionibus*, 14 *de div. temp. præscr.*

Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuerit) Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem, aut bonorum possessorem tantum pertinent. (5) Duo autem hic traduntur: unum est, justam possessionem defuncti prodesse hæredi, & procedere etiamsi hæres sciat rem alienam esse, quod & traditur *l. hæres*, 43. *h. tit. l.* 2. §. *si defunctus*, 19. *pro empt.* alterum, injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, *l. cum hæres*, 11. *de div. temp. præsc. l. vitia*, 11. *Cod. de acq. poss.* Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita una persona cum defuncto censeatur. Hoc enim posito, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel prosit hæredi, vel noceat: prosit si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiam hæres habeat, & perinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l.* 11. *de div. temp. præscript. & Impp. d. l.* 11. *C. de acq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *a majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur*. Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volentem uti accessione possessionis defuncti a semetipso inchoare possessionem, atque usucapionem præscriptionemve statuto tempore implere posse arbitrantur: quod jus tantum singulare est successori, ut postea demonstrabitur. Nihil vero eorum opinionem juvat *lex pen. pro hær.* Neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere, quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiose possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, cum non sit, sed defuncto commodata, aut pignorata, aut apud eum deposita, quo modo explicanda est *d. l. pen.* nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat hæredi, quominus eam rem pro hærede usucapere possit: quamquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt, per *l.* 2. *& ult. C. pro hær. leg.* 4. *C. de præscr. long. temp.* Sed hoc si sequimur delendi erunt *tit. de usucap. pro hærede*, possuntque *d. l. leg.* 2. *& ult.* commode accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse, & *d. l. ult. d. l.* 4. etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l.* 2. §. 1. *pro hæred.* VINN. Titulus pro hærede qualis sit, apparet ex Pomponii verbis *l. pen. ff. pro hær. Plerique putaverunt, si hæres sim, & putem rem aliquam ex hæreditate esse, quæ non sit, posse me usucapere*. Ponendus itaque casus, quo hæres sine mala fide vel sua vel defuncti rem alienam possidet. Tale exemplum est B. Pagenstecheri in *Admonition. ad Pand. part.* 6. §. 160. si ovis Titii immiscuerit se Mævii defuncti gregi, inscio Mævio. HEIN.

Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus) Hunc versum transposuit VVesembecius secuta auctoritatem Cujacii, qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post §. *sequentem*; propterea quod Justinianus constitutione sua *l. unic. C. de usucap. transf.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis; sed quod ex rescripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præscriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessionem possessionis auctoris sui non utebatur, *per leg. si ædes*, 32. §. 1. *de serv. præd. urb.*

6 In quo vix est, ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. ad tempus*, 14. *h. tit.* expresse etiam emptori & legatario prodesse dicitur, tempus, quo venditor & testator possederunt, prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur. Ulpian. in *l. Pomponius*, 13. §. 1. *& seq. de acq. poss.* latissime disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentiæ meminit, quæ hac in parte sit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum a Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l.* 2. §. *pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus*, 14. §. 2. *de div. temp. præscr.* Atqui constat, res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitate pari spatio duorum conjuncta possessionem rem acquiri, quo unius, immo duorum possessione domini conditio melior, quoniam tam in successore volentem uti accessione bonum initium exigitur, quam in auctore ejus, cum unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est. Neque in *dict. leg. si ædes*, 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* agitur de emptore aliove, in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, de quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo, qui interpellata usucapione, propterea quod res simpliciter possideri desita esset, postea eamdem rem possidere cœpit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum a se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat, ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata, sed id primum effectum esse constitutione Justiniani; idque esse, quod hoc loco Justinianus significet. Verum hanc sententiam falsam esse ostendunt quotquot sunt loci, quos modo citavimus: & de hærede hoc amplius jam ante obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *leg. hæredes*, 43. *hoc tit. l.* 2. §. *si defunct.* 19. *pro empt.* idque locum haud dubie etiam habuit in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis rem magis furtivam facit, si defunctus ipse ante impletam usucapionem rescivisset rem alienam esse. Quapropter omnino existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis, *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus, &c.* nihil aliud significare, quam se in usucapione a se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & hæredem: sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium, uti ea antea observabatur, & maxime in diutina possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spatium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco. ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. *in not. ad Theoph.* Hinc simul apparet, abuti hoc

textu

... DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantum esse rerum mobilium.

T E X T U S.

8. *Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

N O T Æ.

8. *Venditorem & emptorem*) Cæterosque singularis rei successores, *l. 15. §. 10. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. 14. de div. præs.*

Conjungi tempora) Modo uterque bona fide acceperit. Vid. sus. Comment.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui possit.*
2 *Vitium auctoris successoris neque nocere, neque prodesse.*

De conjunctione temporum inter priorem possessorem, & universi juris successorem dictum §. *præc.* hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis, aut legati, *leg. id tempus, 14. princ. & §. 1. h. tit. l. Pomponius, 13. §. sed & 16. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. in accessionibus, 24. §. 1. de div. temp. præs.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque, & emptorem tempora conjungi: an igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem acceperit. (1) Proinde si emptor justum possidiendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quem existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam ei justam quidem posse accedere, *d. l. Pomponius, 13. in fin.* Quamquam diversum est in successione universi juris: de quo abunde §. *præc.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emptoris: sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiis, *d. l. Pomponius, 13. §. 1.* id est, eadem conditione eodemque jure quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius 13. in fin.* Plane non nocebit successori, quod auctor ejus bono initio nixus rescivit rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienasset, ipse eam usucapere potuisset. (2) Quid si successor accessione auctoris uti nolit, sed sua tantum possessione tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest, si accessione uti velit, ita neque nocere, si accessione uti nolit: denique successorem per se usucapere posse, quod auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. tempor. præscript. leg. 4. §. de auctoris, 27. de dol. exc. l. 4. Cod. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. mala fide, Cod. de præscript. long. tempor.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit: quippe qui tam in vitia quam in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, *leg. cum hæres, 11. de div. temp. præs.* vid. §. *præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris; nam quod vitium in re est, puta si res furtiva sit aut vi possessa, id generaliter successoribus omnibus nocet, §. *novissime, 5. sup. l. ubi, 24. cod. l. 7. Cod. pro empt.* Illud addo, si medio tempore alius possiderit, interruptam esse possessionis continuationem, atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, *dict. l. Pomponius, 13. §. quæsitum, 4. de acq. poss. l. possessio, 20. h. tit.*

T E X T U S.

De his qui a fisco, aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9. *Edicto Divi Marci cavetur, eum, qui a fisco rem alienam emit, si post venditionem quinquennium præterierit, posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis, qui a fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi statim fiant, & victores existimant, sive experiantur sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro domino vel hypotheca earum rerum, quæ alienatæ sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui a nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperit, hæc in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.*

N O T Æ.

9. *Constitutio Zenonis*) *Leg. 2. Cod. de quadr. præscr.* Fisco hoc tributum, quo paratiores reperiat in subhastationibus emptores. VVesemb.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Ærarium etiam post occupatam Rempub. diu dictum pecuniam publicam, sive imperii; fiscum pecuniam Principis, privatam, postea utrumque verbum promiscue usurpatum.*
2. *Præscriptionem quadriennii fiscalem, & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam, neque usu apud plerosque receptam esse.*

Si *post venditionem quinquennium*) Mentio fit hujus edicti D. Marci *leg. ult. C. si adv. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennii nullam factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid a fisco accipientem apparet ex eo, quod alioqui melior conditio fuisset ejus, qui a privato emisset, quam qui a fisco: si quidem is, qui a privato bona fide rem emerat, ad summum biennio jam usucapiebat.

Constitutio Zenonis) Ea est, *l. 2. de quadrien. præscr.* Olim quinquennii præscriptione tum erant qui quid alienum emerant a fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis, sive conveniatur, sive ipsi amissa forte rei possessione ultro agant. Fisco autem alienanti rem alienam, vel alii pignori obligatam datur præscriptio quadriennii, si post quadriennium eo nomine conveniatur a domino, aut creditore pignoratitio, *dict. leg. 2.* Quod ideo sic constitutum esse videtur, ut tanto facilius emptorem fiscus reperiat; tum etiam ne rescindatur venditio

ditio facta publica auctoritate; alioqui sane durum atque iniquum est domino aut creditori, jus vindicandi, aut persequendi rem suam, aut sibi nexam statim auferre; iisque objicere tam potentem adversarium.

Sacratissimum ærarium) Hic diserte fiscus appellatur ærarium Principis, uti & in *leg.2.& 3. Cod. de quand. præscript.* Neque causam habet Hotomannus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat; & falsum est, quod scribit, ærarium esse rerum Principis privatarum, quibus scilicet ipsius patrimonium constet; fiscum vero cæterarum omnium, quæ sacræ largitiones, & sacri thesauri passim appellentur: eamque differentiam in *dd.ll.* accurate observatam. Scimus, locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuisse in æde Saturni, quo etiam Senatusconsulta deferebantur; testem passim Livius aliique Scriptores. Ipsam quoque pecuniam publicum ærarium dictam κατὰ μετωνυμίαν. Cic. *3. Tusc. c. 20. Et quidem C. Gracchus cum largitiones maximas fecisset, & effudisset ærarium, verbis tamen defendebat ærarium.* Idem *ad Attic. l. 6. ep. 1. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vectigal habebat.* (1) Illud quoque constat, post occupatam Remp. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive imperii, & a fisco separatum, fiscum enim dixerunt pecuniam Imp. propriam ac privatam, cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia, aliaque ἀδέσποτα quæ Principi deferebantur. Plinius in *Paneg. d. Trajano. At fortasse non eadem servitute fiscum, qua ærarium cohibet? Immo tanto majore, quanto plus tibi licere de tuo quam de publico credis.* Et paulo post: *Quæ præcipua tua gloria est, sæpius vincitur fiscus: cujus mala causa est numquam, nisi sub bono Principe.* Ulp. *in l. 2. §. 4. ne quid in loco publ. Res*, inquit, *fiscales quasi propriæ & privatæ Principis sunt.* Hinc ratio fisci idem quod ratio principis & ratio privata, *l. pen. C. de evend. l. 2. C. de priv. fisc.* Procedente tempore, distinctio illa ærarii & fisci evanuit, ac utraque voce promiscue usi sunt, unaque tantum sub Græcis Principibus distinctio usurpata, fisci & bonorum Principis patrimonialium: quod hic locus aperte ostendit, & unde desumptus est, *l. ult. C. de quadr. præsc.* Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat, quod etsi utræque Principis erant, illæ essent principis qua talis, & ideo publicæ: eæ propria Zenonis, Justiniani, & ideo privatæ, unde & comites rerum privatarum dicti, quibus harum rerum cura demandata, *tit. C. de off. com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur, *l. cum servus 39. §. ult. de legat. 1.* Plane vocabulo ærarii aliquando latius usi sunt, ut eo etiam significarent res Principis privatas, veluti cum in *l. un. C. de aq. & magist. offic. l. 12.* comitiva utriusque ærarii dicitur, id est, sacri sive fiscalis, & privati. Qui fiscali præerat, in specie comes sacrarum largitionum & thesaurorum appellari videtur, *l. 3. Cod. ubi senat. vel clariss. l. 2. Cod. ut dign. ord. servo lib. 11.*

Nostra autem divina constitutio) Intelligit *l. ult. C. de quadr. pers.* qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat, producit ad substantiam Principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, & dominus quadriennii præscriptione excludatur. Affertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cum omnia Principis esse intelligantur, sive res sint fiscales, sive privatæ Cæsaris: nulla, quod attinet ad harum rerum alienationem, differentia introducenda sit. Explodendi autem sunt qui hinc colligunt, omnia omnino & bona etiam subditorum propria esse Principis. Eadem constitutione etiam Sereniss. Augustæ idem privilegium conceditur. (2) Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis veteribus incognita fuit, ut liquet ex *l. nec ullam 13. §. item si quis 19. de hær. pet.* [illegible] umeam improbat *c. [illegible] 16. qu. 3.* nec apud nos recepta, *Zyp. not. jur. Belg. tit. de præsc.* Christ. *vol. 4. dec. 82. n. ult.* ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hanc §. *& tit. Cod. de quadrien. præscr.* in usu non esse. Aliud tamen visum Groenevv. *hic tract. de leg. abrog. arg. dec. 15. cur Holland.*

TITULUS SEPTIMUS.

DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. Tit. 5. 6. C. Lib. 8. Tit. 54. Novell. 162.

1. *Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.*
2. *Sit ne donatio modus acquirendi, an titulus sive causa?*
3. *Series hujus tituli.*

USucapionem, de qua proxime egimus, esse modum acquirendi jure civili extra controversiam est; utrum autem donatio quoque eo pertineat, ambigitur. Et quidem absolutam inter vivos donationem, quæ traditione perficitur, & potissima donationis species est, nemo opinor, tam est excors, qui juri civili adscribendam putet. Quid enim habet illa a jure civili, quod ad formam ejus aut perfectionem pertineat? Quid tam naturale est, quam hominem homini bene facere? Ad liberalitatem natura propensi sumus, testibus Cicer. *in Læl.* & Sen. *in lib. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quam prodesse mortalibus. (1) De quo Desiderius noster *in Chiliad.* Ad hæc, nihil magis rationi naturali convenit, quam voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, Demost. *ad vers. Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat, an ex qua alia, nihil refert, auctore ipso Justiniano *§. per traditionem 40. sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum insinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarumdam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio, venditio, contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Plane cum necessitas insinuandi donationem, quæ excedit supradictam summam, a jure civili sit, concedo, tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donationis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, *argum. leg. 6. de justit. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis: aliæ tamen omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis, sive gentium manent. Quo modo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa, & propter nuptias: quæ ad jus civile non inepte referuntur, ut,

ut postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium a mortis causa donatione capitur: cum alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est *in Pand. & Cod.* (2) Occurrit hic & aliud dubium, sitne scilicet donatio modus acquirendi dominii, an solummodo titulus, sive causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus, esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probat *d.* §. *per traditionem* 40. *de rer. divis.* Verum hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipsa donatione, quando scilicet liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus, & actum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat. Nam proprie donare nemo intelligitur, nisi qui & tradat: unde donare & dare promiscue Jurisconsultus usurpat, *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio; *l. senatus* 35. §. 1. *de mort. caus. donat.* unde & Papinianus *l. 23. de donat. int. vir. & uxor.* donationem distinguit a stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, *l. 2. l. 12. l. cum qui* 22. *eod.* Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi dominii: posteriore dominium, sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet, *d. l.* 22. Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. At nescio, an ipse Auctor rem confecerit. Ego ita sentio. Tribonianus hic sequutus est proculdubio ordinem Caji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus acquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio, nisi interveniret mancipatio solemnis & traditio. Fr. Brummer. *ad l. Cinc. c.* 13. *Conf. Nov.* 162. *c.* 1. Postea Antoninus Pius nudam voluntatem sufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos, *l. 3. C. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges sanxit Antonius Caracalla *l. 32. §. 1. ff. de don. int. vir. & ux.* Constantinus Magnus postea litterarum fide donationes fieri posse concessit, modo postea sequeretur corporalis traditio, *l. 1. C. Theod. de don.* Remisere has scripturas Theod. & Valentinianus AA. sed ita, ut *alia idonea documenta* adhiberentur, *l. 29. C. de don.* Denique Justinianus & nudam promissionem valere jussit, *l. 35. & 37. C. de don.* Ex brevi hac juris hujus historia patet, recte Cajum, aut quemcunque sequutus est Tribonianus, donationem retulisse inter modos acquirendi, eosque civiles, ob necessariam in donatione mancipationem, & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem servari posse, quia saltim quædam donationis species, puta donatio mortis causa huc referri possit. Conf. Avern. *Interpr. Lib. 1. c. 29.* HEIN. Initio hujus tituli proponitur donationis divisio: deinde explicantur species, non omnes quidem, sed tres tantummodo, hoc ordine. Primum agitur de donatione mortis causa; deinde de donatione simplici inter vivos: tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

T E X T U S.

De donatione.

Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera: mortis causa, & non mortis causa.

N O T Æ.

Rubr. Donationibus) Donatio est, cum quid nullo jure cogente conceditur, *l. 29. hoc tit.*

Acquisitionis) Civilis scilicet ut ordo arguit. At eo tantum referendæ donationes impropriæ, mortis causa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur: non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusque donare apud omnes gentes jus potestasque est, §. 44. *sup. de rer. div.* Demosth. *adv. Leptin.*

Donatio) Donatio proprie est doni datio, *l. 1. ff. hoc tit. l. 35. §. 1. ff. de mort. caus. don.* Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit, & ipsam traditionem. Cum autem accipitur pro conventione de dando, tituli seu causæ tantum rationem habet, §. 40. *sup. de rer. div.*

Duo genera) Utriusque autem generis plures sunt species, *l. 8. ff. hoc tit. l. 2. ff. de mort. caus. donat.*

C O M M E N T A R I U S.

Rectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, *l. 1. hoc tit.* est enim donatio ex eorum generum numero, quæ πρὸς τι dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. senatus 35. §. 2. de mort. caus. donat.* est, cum quis solius liberalitatis gratia sic aliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo casu ad se reverti, *d. l. 1. & d. l. senatus* 35. §. 2. Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. *infr. eod.* Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, *tit. C. de don. quæ sub modo* & in speciem incidunt in contractum innominatum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis propius aut longius a vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem meræ douationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo cogente conceditur, *l. donari 29. h. t.* τὸ χωρὶς ἀνάγκης διδόμενον. Hermen. *lib. 3. tit. 1.* Et hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam proprie donationem non esse *per l. hoc jure 19. §. 1. l. Aquilius 27. eod.* Talis denique donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

T E X T U S.

De mortis causa donationis.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, quo quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, habere is, qui accipit; sin autem supervixisset, is, qui donavit, reciperet: vel si tum donationis pœnituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit: Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret; & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis*

se

se quis velit habere quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam hæredem suum. Sic & apud Homerum Thelemachus donat Piræo:

Πειραῖ', οὐ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσεται τάδε ἔργα
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρῃ κτείναντες, πατρώϊα πάντα δάσωνται,
Αὐτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν, ἤ τινα τῶνδε.
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων.

Hos versus sic vertere licebit.

Cum Piræe, homines lateant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Stygia mittant
Insidiis, patriasque velint erciscere prædas;
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim.
Sin ego eos justis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddat.

NOTÆ.

1. *Mortis suspicionem*) Vel solam etiam cogitationem mortalitatis ex sorte humana, *l. 2. & aliquot seq. leg. 35. §. 4. ff. de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat) Hoc expresso scilicet etiamsi in extremis vitæ quis constitutus sit: alioqui non tam mortis causa, quam moriens dedisse videtur, *l. 42. in fin. eod.*

Si quid humanitus) Quo verbo mors significatur, *l. 26. pr. depos.*

Eam formavit) Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.*

Quam Hæredem suum) *l. 1. d. l. 35. §. 1. ff. hoc tit.*

Apud Homerum) *Odiss. 17. v. 77.* Hic locus arguit, etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris æstimandum an donatio facta sit ob suspicionem mortis, & citra talem suspicionem mortis quoque causa recte donari.*
2. *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur?*
3. *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia?*

QUÆ *propter mortis fit suspicionem*) Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, sit iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. *l. 2. & aliquot seq. l. senatus 35. §. mortis 4. h. t. de mort. caus. donat.* Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. (1) Nec enim sufficit ad hanc donationem, a moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, *l. si mortis 29. l. Seja 42. in fin. eod.* Dom. Tuld. *comment. hic cap.* 4. Hodie tamen in dubio mortis causa factam præsumi, & in Gallia sic judicatum referunt Autumn. *conf. jur. ad d. l. 42.* & Bugn. *lib. 5. de l. abrog. cent. 16. sac. l. fulcimus 43. eod.* etiam extra suspicionem ullius periculi & a sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur, sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *dict. leg. 2. & d. leg. 35. §. 4. eodem.* Sed itidem verbis hoc declarandum, ne alias pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomanus, abstinuisset, credo, a reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pronunciasset, nullam esse mortis causa donationem, cujus non mortis periculum causa sit. Si Titio centum donavero præstanda post mortem, donatio inter vivos est; nam tempus adjectum differendæ solutionis causa ad substantiam donationis non pertinet. Unde legi Falcidiæ in ea donatione locus non erit, uti memini me ex facto consultum respondisse. Add. Fachin. 5. *controv.* 22. Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis, *l. 11. l. mortis 18. h. t. de mort. caus. don l. 3. Cod. eod.*

Quod quis ita donat) Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit insecuta, *d. l. 3. eodem.* (2) Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l. si mortis 29. eod.* Priore condictionem habet, *l. senatus 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores *leg. qui mortis 30. eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatio ipso jure resoluta, *d. l. 29.* add. Gomez. 2. *resol.* 4.

Si quid humanitus) Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum *l. 26. pr. depos.* Veteres in omni causa sic loquebantur: *Si quid mihi acciderit*, ἐάν τι συμβῇ ἐάν τι πάθω, pro, *Si moriar*, *l. 162. §. 1. de verb. significat.* Abstinebant a mortis vocabulo tamquam ominoso.

Sin autem supervixisset, &c.) Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit; quod hic dicitur *supervixerit*; si donationis eum pœnituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis 16. d. l. 25. & seq. eod. l. non omnis 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipe, licet donatarius adhuc vivat. Si supervixerit donatario sic; etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit; non puto irritam fieri donationem, si forte donator morbum aliudve periculum, in quod postea incidit, evaserit: nam nihilominus causa donandi manet, Soar. *in recept. lit. ff. n. 29.* Domin. Tuld. *comment. hic cap. 5.*

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia) Fere scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. Cod. hoc tit. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed κατά τι & maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentum non sit, quinque testes desiderantur, *l. ult. §. ult. Cod. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *leg. ult. Cod. h. t.* 2. Quod, sicut legata a vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio re-

revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris insecuta sit, *l. si mortis 29. & l. seq. leg. non videtur 32. h. t.* 3. Quod sicut dominium rei legatæ statim a morte testatoris transit in legatarium, ita res mortis causa donatæ, nec ante traditæ, statim a morte donatoris in donatarium, *l. 2. de Publ. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *leg. qui mortis 30. h. t.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *resol. ct. num.* 20. Dominium rei mortis causa donatæ statim ut donatio facta est, transire, etiamsi traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, exploratum satis est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transferri; sive cum legatis, constat, dominium rei legatæ demum post mortem testatoris in legatarium transire. 4. Quod sicut legatario substitui potest, ita & mortis causa donatario, *l. 1. C. eod.* 5. Quod hæc donatio perinde ut legata lege Falcidia imminuatur, *l. Seja 42. §. 1. h. t. l. 1. C. eod.* 6. Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un. l. hac autem 14. Cod. de cad. toll.* Gomez. 1. *resolut.* 10. *n.* 7. 3 Quod quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & legg. seqq. de don. int. vir. & uxor.* 8. Postremo quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *leg. fin. Codic. hoc tit.* Dissimulatio & discrepantia elucet in his. Quod mortis causa donatio sic fieri potest ut nullo casu revocetur, *leg. si cum servum 13. de mort. caus. don.* quod secus est in legatis, *leg. si quis 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat.* Quamquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l. ubi ita 27. eodem.* Idque eleganter ostendit Dom. Joann: Decker. *differt. 1. num. 40. & seq.* 2. Quod donatio hæc ab aditione hæreditatis sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur 32. eod. fac. l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut indig.* Clar. *lib. 4. §. donatio, quæst. 5. num. 2.* 3. Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex: itaque illa ad hæredes pertinet: at primi anni legatum duntaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad hæredem legatarii ante diem non transit, *l. senatus 35. ultim. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *leg. in mortis 12. hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, § *in extraneis 4. instit. de hæred. qualit.* 5. Quod donatio fit inter duos, legatum autem propter voluntatem unius testatoris nihil desideratur: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest, donatio autem a præsente in præsentem conferenda, *leg. inter mortis 38. hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut literas, ut sciat, & donationem accipiat, *l. 10.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 8. tit. 1. num. 36.* Quod si quis absenti & ignoranti se donare quid simpliciter dixerit: defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus 35. §. 3.* unde etiam illud est, quod filiusfamilias consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tam is 25. §. 1. eodem.* Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus, cum in esse producitur: effectu autem, & cum in esse producta est rationæ ultimæ voluntatis. Ceterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit, tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hæreditatis.

Cum prioribus ambiguum fuerat) Familiare Justiniano est, cum quid quasi novum constituit, veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem, in quo tamen sæpe fallitur & fortassis etiam hoc ipso loco. Sane in responsis veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tractant illi, quod hic a se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *l. Marcellus 15. l. illud 27. eod. leg. 2. de Publ. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullorum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet: neque hoc discrimen a Justiniano sublatum est.

Magis se quis velit habere, &c.) Ex Marciano, *l. 1. eodem.* Estque hæc ratio, cur donationem mortis causa revocare liceat. In donatione inter vivos, qui donat, donatarium solum cogitat, atque illum quam se habere mavult: in donatione autem mortis causa, qui donat, se ipsum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius, quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult quam eum, qui donat: illum deinde potius quam hæredem suum, *d. l. senatus 35. §. 2. eodem.*

Sic apud Homerum) *Odyss. 17. vers. 77.* ubi Telemachum ex peregrinatione reversum, quam patris Ulyssis conquirendi causa susceperat, Piræum, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus a Menelao donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat, ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hanc sententiam respondet: Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis necent, paternasque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere quam illorum quempiam. Sin autem ego illis integrum afferam: tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alceste* Euripidis, ubi sic Hercules. σὺ ταῦτα τὴν δέ μοι σῶσον λαβών, &c. Adi de hac donatione Covarruv. *rubr. de testam. part. 3.*

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestavit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio, eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et cum retro Principum dispositiones insinuare eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum; constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri minime desiderat, sed in se plenissimam habent firmitatem. Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum invenimus, quæ omnia*

ex nostris constitutionibus, quas super his exposuimus colligenda sunt. Sciendum est tamen, quod etsi plenissimæ sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est; donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illis, qui suas res in alios contulerint, ab his quamdam patiantur injuriam, vel jacturam secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

NOTÆ.

2. *Perficiuntur autem*) De primo gradu perfectionis, intellige, unde obligatio, & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

Nostra constitutio) *leg. 35. §. ult. Cod. eodem*, ubi pacto donationis causa facto verbis in præsens conceptis, veluti *dono tibi centos aureos*, eamdem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio, & actio nascatur, contra regulam juris antiqui, *l. 7. §. 4. ff. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum pariet condictionem ex lege *per leg. 6. dict. tit.*

Ad 500. solidos) Ad 300. primum *leg. 54. Codice eod.* novissime ad 500. *l. pen. §. ult. Cod. eodem*. Sed definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita, sed quatenus excedit, *dict. leg. 34. Nov. 162. c. 1. §. ult.* τὸ ὑπερβάλλον μὴ ἰσχύειν. Bas. 47. tit. 1.

Nostris constitutionibus) *L. 33. d. l. 34. princ. §. 1. penult. & ult. Cod. eod.*

Et certis causis) Insignis ingratitudinis, cujus generis causæ enumerantur quinque, *leg. ult. Codice dict. tit.* Plerique addunt & aliam, supervenientiam scilicet liberorum, *ex leg. 8. Cod. eodem*, quæ tamen constitutio tantum de donatore patrono & libero donatario loquitur, nec a Græcis extenditur. Basil. 47. *tit.* 2. Harm. 3. *tit.* 2. Vide Susium in Commentar.

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex const. Just. nasci.*
3. *Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis vi constitutionis Just. parere actionem in rem.*
4. *Donationes, quæ insinuationem non desiderant, recensitæ.*
5. *Ad uberiorem exitum donationum a Justiniano quæ inventæ?*
6. *Neque hæredem donatoris revocare donationem, neque ab hæredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus posse.*
7. *In* leg. si unquam 8. C. de rev. don. *constitui jus singulare, quod non producendum ad consequentias.*

Agitur hic de donatione propria. Quæ alias vera absoluta & mera, *l. senatus 35. §. 2. de mort. caus. donat. l. Aquilius 27. hoc tit.* alias simplex, *l. si filiæ: 20. §. si pater, 3. fam. erc. l. cum multæ 20. C. de don. ant. nupt. leg. pen. §. 1. Cod. de collat.* alias directa, *l. donatio 25. hoc tit de don.* alias inter vivos, ut hic & *leg. ubi ita 27. de mort. caus. don.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino computantur legatis) Hotom. Vesemb. Giphan. *omnino non*, ita enim esse in veteribus libris; ut sit sensus, Donationes inter vives nullo modo comparantur legatis. Quomodo etiam legisse apparet paraphrastem Grecum; vertit enim μηδαμῶς. Et sunt sanæ hæ donationes plene dissimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma, neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod in utroque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile esse videtur; cum nullæ res tam sint dissimiles, quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non possunt) Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio, facile, & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet, ut revocari liceat. Vera autem donatio natura sua irrevocabilis est, ἡ δωρεὰ δόσις ἀναπόδοτος ait Arist. 4. *Top.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocari licet: id ex accidenti est ex facto donatarii pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, *t. 1. h. t. l. ubi ita 27. de mort. c. dom.* Utique tamen si præscivisset donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul a beneficio: hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

(1) *Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam*) Poterat hæc res plenius & planius proponi, & poterat æque paucis verbis. At, donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, *l. absenti 10. h. t. l. hoc jure 19. §. 2. eod.* quippe datio acceptione confirmattur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et recte in illum locum Comici, *dos est decem talenta: Accipio:* Vetus interpres, *nisi*, inquit, *dixisset, accipio, dos non esset*. Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam habuerit donatarius, excepto casu compreehenso, *l. 15. C. di sacros. Eccl.* favore Ecclesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari potest acceptationis necessitas. Nam *l. 10. & l. 19. §. 2. ff. de don.* loquuntur de acceptatione reali. Locus Terentii ex *Andr. Act. 5. scen. 4. v. 47.* non pertinet ad pactum donationis, sed ad contractum verbalem, qui veteribus dicebatur *dotis dictio*. Vid. *Ant. Rom.* nostr. *l. 11. tit. 7. §. 4.* Immo nulla lege acceptationem hanc exigi pereruдita dissertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit Vir perillustris Jo: Petrus a Ludevvig, Acad. Fridericianæ Cancellarius, & olim Collega mihi conjunctissimus. Neque tamen res ipsa ideo neganda, quum ex natura pactorum fluat, quod utrumque consentire oporteat in unum placitum, quod fieri aliter non potest, quam id quod donatur vel verbis, vel factis accipiendo, maxime quum non semper dona grata sint, & sæpe locum habeat illud Severi: Οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων. L. 6. §. 3. *ff. off. proconf.* HEIN. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere & plene donum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio perfici dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit. §. 3. *inf. de empt. & vend.* At constat, eam non ante pro consummata haberi, quam res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantum indicare voluisse, quod ipse constituit, ex nudo pacto, donationis obligationem introducens,

leg. si quis argentum 35. *C. d. h. tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l. juris gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *de pact.* Sic est, perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Immo non prius proprie dicitur esse donatio, quam res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam, ut ostendimus *ad rubr.* donatio proprie ipsam translationem rei significat, & potest etiam incipere statim a traditione, & perfici circa conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur, quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit stipulatio. Justinianus autem eamdem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *dict. leg. si quis* 35. §. *sed si quidem* 5. *C. hoc tit.* (2) unde pacto donationis hodie pactum est legitimum, *argum. l.* 6. *de pact.* & ibi Cujacius. Neque tamen ex quovis pacto donationis causa interposito obligationem nasci voluit Justinianus; sed ex eo tantum, quo quis in præsentia se donare dicit, verbis in præsens, non in futurum conceptis, veluti si quis dicat, *dono tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in *dict. leg.* 35. *si donaverit, si donationem faciat feceritve, ut tradat, quod donaverit.* Quod si quis donaturum se pacto promittat; manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, *per leg. præcipimus* 32. *in fin. Cod. de appellat. l. sancimus* 27. *Cod. de testam.* add. Parlad. 7. *rer. quotid.* 3. *num.* 9. Dom. Tulden. *hic cap.* 1. Perspicue autem errant Contius *lib.* 1. *disp.* 12. & Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 3. (3) dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eo pertinere, ut donator, qui nondum tradiderit, necesse habeat tradere; sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei quæsitum sit. Non enim majorem vim Justinianus tribuit, neque tribuere debuit pacto, quam stipulationi. At si stipulatio intervenerit, veterem actionem ex stipulatu relinquit: quæ utique cum in personam sit, arguit dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio, conditionem dat ex lege, *d. loco*, & apertius *Nov.* 162. *c.* 1. Atqui nulla quoque condictio, quæ non sit actio in personam, §. *appellamus* 15. *inf. de act.* Denique ipse supra §. *per traditionem* 40. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis) Quemadmodum emptio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam, *infr. de empt. & vendit in princip.* & §. 3. ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiamsi nulla intervenerit stipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario condictio ex lege, qua conventus donator rem tradere cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor rem præcise tradere teneatur; an liberetur præstatione ejus, quod interest, inquirere non est hujus loci. Illud constat, non easdem esse præstationes donatoris & venditoris: donatorem ad dandum, venditorem simpliciter ad tradendum teneri; donatorem in quantum facere potest, venditorem in solidum condemnari: hunc teneri nomine evictionis, illum non item *l.* 18. §. *ult. hoc tit.* Neque tamen ideo male donatio & venditio inter se, ut similia, comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur: cui scopo si serviat, cætera similia sint, an dissimilia, parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant, &c.) Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat: cæterum prospexit, ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte: expedit enim Reip. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti, eamque perdere. Modum donationis primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulp. *tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora durasse videtur, per *l.* 3. *C. Theod. hoc t.* Unde existimare licet, quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum: & donationem, quæ eam quantitatem excederet, actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam litteris publicis, quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *C. Theodor. l. data* 27. *hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit, primum ad trecentos, *l. sancimus* 34. *Codice eodem*, deinde ad quingentos solidos *l. penult.* §. *ult. Codice eodem*, atque ad hanc usque quantitanem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit, quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem, quæ summam definitam excedens actis inserta non esset, sed tantumodo quatenus terminos legis excederet, *dict. leg. sancimus* 34. *hoc tit. Novella* 162. *cap.* 1. §. *ultim.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. Gomez 2. *resolut. c.* 4. Parez. *Cod. hoc titul. num.* 31. Sande, *lib.* 5. *tit. defin.* 3. VINN. Multa hic cumulat auctor, nec certa satis, nec accurata. Incertum modum a lege Cincia donationibus præfinitum fuisse ducentorum aureorum: siquidem multo majores donationes a Plinio factas novimus ex ejus *Lib.* 6. *Epist.* 25. & 32. *Lib.* 7. *Epistola* 14. & *alibi*. Incertum ergo non minus, Constantinum vel potius Constantium filiorum in *l.* 1. *Cod. Theodos. hoc tit.* Legem Cinciam sustulisse, quum eam potius magis reddiderit rigidam, impositam insinuationis necessitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum, & Fr. Brumerum notavit V. C. Schulting. ad Ulpianum *tit.* 1. *pag.* 56. Ego id moneo, locum Arnobii *adversf. gent. lib.* II. *pag.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero, quod in donatione solemnitatem mancipationis exigebat: sed de bonis & muneribus a patrono caussatum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in usum, jam a Claudii temporibus cœpit obsolescere. HEIN.

Usque ad quingentos solidos) Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Carolenos. Taxatur enim solidus, qui & aureus (ut patet ex innumeris locis & collatione sequentium, *l.* 3. *prætor ait* 6. *de his, qui eff. vel dejec. cum* §. 1. *inf. de oblig. quæ quasi ex del.* item *l. penult.* & *ult. de in jus voc. cum* §. *ult. in fin. inf. de pæn. tem. lit.* item *l.* 8. *in fin.* & *l.* 9. *de inoff. cum leg. cum ex falsis* 47. *de man. test.*) centum sestertiis, sive quinis Carolenis, aut duobus scutatis sive coronatis. Grot. *spers. flor.* Quamquam non idem perpetuo pondus, nec coa-

constans solidi æstimatio fuit. Qua de re consulendi Budæus *de ass. l. 3. & 5.* Hotoman. *de re numm. cap. de numm. var.* Covarru. *de collat. vet. numummism. cap. 2.* Dictus vero solidus, non quia ex puro & solido auro erat: sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem.

(4) *Quæ insinuationem minime desiderant*. Harum numero sunt donationes principales, quas scilicet vel Princeps facit, vel quæ Principi fiunt, *l. sancimus 34. Cod. hoc tit.* item donatio propter nuptias, *Nov. 119.* ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, ὑπὲρ τῆς διὰ τὰς γάμους δωρεᾶς &c. Postea distinctio aliqua adhibita, *Novella 127. §. 2. auth. eo decursum, C. de donat. ant. nupt.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit a militum magistris, quanticumque sit pretii quod donatum est, valet donatio, etsi auctorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr. §. 1. & 2. C. eod.* De donationibus, quæ ad pietatem respiciunt, dubitatum est, aliquone privilegio hodie uti debeant, an jure communi cæterarum donationum conferri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc cæteræ donationes, quæ trecentos solidos superarent, insinuationum desiderabant; in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *d. l. 34. §. 1.* Unde dicendum videtur, postquam constitutum est, ut quævis donatio usque ad 500. solidos etiam sine monumentis valida sit, *d. l. pen. in fin.* privilegium, quod donationes in pias causas facere habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere ad minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen DD. in *leg. illud 19. Cod. de sacros. Eccles. & dict. leg. 34. hoc tit.* sententia est, donationem ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum, ut si 500. solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium piæ causæ expresse non auxit, immo potius sustulisse videtur, *dict. leg. penult.* cum sanxit, ut id, quod antea jus singulare erat piæ causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter a necessitate insinuationis exemptæ sunt.

(5) *Alia insuper multa ad uberiorem exitum donationum*) Huc refero, quod Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes, quæ actis inscriptæ non sunt, non omnino, sed tantum quatenus legitimam summam excedunt, vitientur, *dict. leg. 34. §. 1. hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem, sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distincte, utque idem fiat, cum annua quantitas ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *dict. leg. 34. §. penult. & ult.* Postremo quod rejici jussit verba, quæ in donationibus poni solita erant, *sestertii, nummi unius, assium quatuor,* &c. *leg. ult. Cod. eodem*, nam antea etiam in donationibus adhibenda erat imaginaria venditio, seu mancipatio, quoties scilicet res, quæ donabuntur, erant mancipii: alioqui earum rerum dominium ex jure Quiritium in accipientem non transferebatur. Quam ob causam qui volebat donare, cogebatur simulare venditionem, & dicis causa unum nummum accipere, adi Cont. 1. *disp. 16.*

Si tamen ingrati Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola pœnitentia, ut donatio mortis causa: at nec ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum si insignis sit illius ingratitudo, & talis, quæ sceleri affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tamquam ab indigno auferre concessum est, *l. ult. Codice de revoc. don.* Poteritque eo nomine vel judicis implorari officium, vel agi condictione *ex dict. leg. ultim.*

(6) *Donatoribus licentiam præbitimus*) Donatoribus solis, non etiam hæredibus eorum, *l. his solis 7. leg. ult. C. de rev. donat.* quippe actio, quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem, vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet, & ideo personalis est, atque actionis injuriarum in hoc similis; quam constat hæredi ejus, qui injuriam passus est, non dari, *leg. d. 7. junct. §. 1. inf. de perp. & temp. act.* Nec in hæredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. d. l.* Quinimmo nec videtur recte posse objici ingratitudo successoris ejus, cui donatum est; longeque alia est ratio feudi, quod non tantum primum investitum, verum etiam successores ejus ad certa officia præstanda obligat.

Ex certis causis) Quæ numero quinque exprimuntur *dict. leg. ult.* & nimirum hæ: si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus: si vitæ ejus insidietur: si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit: si conventiones donationi appositas implere noluerit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justinianus, atque ob eas tantummodo, quas exprimit, revocationem donationis permittat: assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant, similes & majores causas ob id excludi oportere, uti recte iidem etiam admittunt causas illas exhæredationis præter eas, quæ enumerantur *Nov. 115. cap. 3.* de quo uberius *inf. de inoffic. testam.* eoque jure utimur, Grot. 3. *introd. cap. 2.* (7) Additur a DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem susceperit, *per leg. si umquam 8. Cod. dict. tit.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono, & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcumque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento: quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam condicionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisse credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l. cum avus 102. de condit. & dem. l. cum acutissimi, 30. C. de fideicomm.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. si numquam, 8.* minime fuisse. Cur enim de patrono tantum locutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione a patrono facta quæreretur? Atqui generalis est constitutio ad Præfectum prætorio, non ad patronum aliquem aut certam facti speciem directa. Quoties autem lex de certis personis loquitur, quibus aliquid beneficii tributum vult, certum est, legem ad alias personas non pertinere, *leg. si vero, 64. §. penult. solut. matrimon. leg. quod constitutum, 21. de test. mil.* Est vero etiam illud novum constitutum contra manifestam

rationem juris communis, *leg.* 5. *Cod. de cond. ob causam* (?) ... *tam simil.* ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *leg. quod vero*, 14. *d. reg. jur.* ideoque nec Græcis extenditur, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 3. *tit.* 2. nec aliter *leg.* 3. *Cod. Theodos. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *dict. leg.* 8. interpretatus est Anianus, qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur, qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur: ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo, verum etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset. certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *cap. ultim. cap.* 17. *quæst.* 4. ubi Augustinus, laudans factum Sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere, sed jure fori, non jure poli*. Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *dict. leg. cum avus*, 120. *de condit. & demonstr. dict. l. cum acutissimi*, 30. *Cod. de fideicom.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum forte unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit, neque quod revocatur, liberis acquiritur, sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam de iis iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod amissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quovis etiam extraneos factæ nemo nisi liberis carens plene & pure donare intelligeretur? Nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet; de quo opulentius nos *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 32. Procul dubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connani *lib.* 5. *comment.* 10. Donell. *ad dict. leg. si unquam* Anton. Faber. 7. *conject.* 14. 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* Asserentium, in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem a Constantino introductam atque approbatam esse: quamquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur Tiraquell. *in dict. leg. si unquam*. Mynsing. 5. *observ.* 73. & secundum hanc judicatam a Senatu Parisiensi, Papon. *lib.* 11. *syntagm. tit.* 1. *de donat.* §. 20. add. Christ. *vol.* 1. *decis.* 340. *& volum.* 4. *decis.* 129. *cum alleg.* Grot. *lib.* 3. *intruct. cap.* 2.

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3 *Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem D. Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenieret, & ante nuptias augeri donationem, & constante matrimonio sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed etiam constante matrimonio initium accipiant; & non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur: & dotibus in hoc exæquentur ut quemadmodum dotes, constante matrimonio, non solum augentur, sed etiam fiunt: ita & istæ donationes, quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur, & constituantur.*

NOTÆ.

3. *Ex constante matrimonio*) Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quod donatio inter conjuges prohibetur, *leg.* 1. *& tot. tit. ff. de donat. int. vir. & uxor. & Cod. eod.* Extat Justini constitutio *in leg. penult. C. de donat. ante nupt.*

Nomen inconveniens) Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri, & constitui potest.

Constituimus) *Leg. ult. C. eod.* alia extat *Nov.* 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

COMMENTARIUS.

1. *Donationes, quæ inter sponsum & sponsam fiunt, sensim ita formatas, ut veræ donationes, & juris gentium esse desierint.*
2. *Quid primum circa has donationes a Constantino constitutum?*
3. *Quid procedente tempore ab aliis? & num.* 5.
4. *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*
6. *Constitutionem Justin. de æquitate dotis, & donationis propter nuptias publica consuetudine repudiatam*
7. *In Belgio quoque neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.*

DOS & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinian. *l. ult. C. de don. ant. nupt.* ut nimirum sit, nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda *l. pro oneribus*, 26. *C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias viceversa est, quæ a patre mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi numerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur a Græcis, ἀντίφερνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in princ.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hoc est, instrumentum ἀντίχαμα dotis uxoriæ: *idem in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

(1) *Quod veteribus prudentibus penitus erat incognitum*) Veteribus incognitæ non fuere donationes ante nuptias, hoc est, quæ inter sponsum & sponsam liberalitatis & amoris gratia fieri solent, & juris gentium sunt; sed talis species donationis ante nuptias, qualis tempore Justiniani frequentabatur, veteribus incognita fuit, utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit spe-

ſpecies donationis impropriæ, & quæ civilis ... civilis. Sciendum enim eſt prioribus temporibus donationes ſponſalitias, hoc eſt, quæ a ſponſo in ſponſam conferebantur, vel contra a ſponſa in ſponſum, (nam & hoc aliquando fiebat, *l. 1. ff. h. tit. l. 12. l. 16. Cod. de don. ante nupt.*) habitas fuiſſe, non tanquam nuptiarum cauſa, ſed perinde ac ſi pure atque abſolute factæ fuiſſent, eamdemque earum fuiſſe vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate fiunt, ut nullo ſcilicet caſu ad donatorem reverterentur, *d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquos ſeqq. C. h. t.* Itaque ne eo quidem caſu revocare hujuſmodi donationem licebat, quo nuptiæ ſecutæ non eſſent, *d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 12. C. h. d. t.* niſi ea lege nominatim facta eſſet donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non ſecutis res donatæ redderentur. (2) Poſtea ex conſtitutione Conſtantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter ſponſum & ſponſam facta intelligeretur tacitam in ſe habere conditionem futurarum nuptiarum, *l. cum veterum*, 15. *Cod. eod. tit.* Et optima ſane ratione: nam donatio ſponſi in ſponſam merito præſumitur proficiſci a ſingulari affectione, qua ſponſam ut futuram uxorem complectitur, ſine ſpe nuptiarum haud facile donaturus. Non eſt autem hac Conſtantini conſtitutione effectum, ut donatio interim in ſuſpenſo ſit, donec nuptiæ ſecutæ fuerint: ita enim futurum eſſet, ut in eum caſum incideret, a quo non poſſet incidere, nimirum, in donationem inter virum & uxorem *leg. 4. Cod. eod.* quæ jure civili ſemper prohibita fuit: ſed ut non ſecutis nuptiis reſolvatur, uti antea fiebat, cum id expreſſe cautum fuerit *dict. leg. 1. §. 1. hoc tit.* Cæterum non in omnem eventum, quo nuptiæ ſecutæ non fuerant, repetitionem donati Conſtantinus conceſſit; ſed ita diſtinxit, ut ſi per eum eamve, qui quæve donationem accepit, ſteterit, quo minus nuptiæ ſequerentur, donatori aut donatrici conditio daretur ob cauſam dati cauſa non ſecuta; ſin vero per donantem factum eſſet, non ſolum donati eſſet retentio, verum etiam exactio, *dict. leg. 10.* Quod ſi mors alterutrius ſpem nuptiarum ſuſtuliſſet, tunc ſi quidem ſponſa donaſſet, omnimodo & integre, quod donatum erat, repetitio foret, ſive oſculum interveniſſet, ſive non: at ſi ſponſam, tum non aliter ipſi aut hæredibus ejus jus eſſet repetendi totius, quod donatum eſſet, quam ſi oſculum non interceſſiſſet: interveniente vero oſculo, partem tantum dimidiam repetere licere: *l. ſi a ſponſo*, 16. *Cod. eod.* quaſi oſculi jure augeatur jus ſponſalium, & qui oſculum accepit, quaſi maritus ſit, aut certe plus quam ſponſus; non enim ſatis eſt *maritum oſculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis ſecutis nulla donati repetitio, ſed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus, cui donata erat, facta intelligebatur. Succeſſit tandem donatio ante nuptias, de qua hic agitur, & quam Juſtinianus propter nuptias vocari voluit. Hæc fit a ſolo ſponſo, & vi atque effectu multum a præcedentibus differt. (3) Nam primum doti, cujus remuneratio quædam cenſetur, in hoc ſimilis eſt, quod quemadmodum uxor ſoluto matrimonio dotem recipit, *l. 2. ſol. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. & de donat. inter vir. & uxor.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ tranſit in uxorem; ſed alia jura conſequitur, veluti jus ſpecialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro ſecuritate dotis mulieri ſpeciatim obligatæ eſſe intelliguntur, *l. ubi adhuc Cod. de jur. dot. Nov. 61. cap. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis ut dos mulieri ſit cautior: unde recte D. Weſemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ ſubjici videri, quam vere alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat, in quo doti quoque reſpondet: nam mulier ſine juſta cauſa divertens, & ipſa amiſſione dotis plectitur, *leg. conſenſu*, 8. *hæc niſi*, 4. *Cod. de repud.* Noviſſime etiam hoc conſtitutum, ut quibus caſibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iiſdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *Novell. 71. cap. 1. Novell. 91. cap. 1. Novell. 97. cap. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxorum acquiri affirmant, quos ſequuntur Schneid. *hic num. 5.* & Gudelin. *1. de iur. noviſſ. arg. dict. leg. 29. Cod. de jur. dot. dict. Nov. 97. cap. 1. dict. Nov. 61. cap. 1. verſ. non enim.* (4) Sed ſi mulier harum rerum domina efficitur, prorſus abſurde facit Juſtinianus, quod jus pignoris mulieri in his conſtituit: item quod nominatim marito intercidit harum rerum alienationem & oppignorationem, *Nov. 61.* nam ne pignus quiſquam habere poteſt in re propria, nec rem alienam alienare, aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, quod de dote, ſtatuamus: neque enim neceſſe eſt, ut quemadmodum res in dotem datæ marito traduntur, ita & poſſeſſio rei propter nuptias donatæ transferatur in uxorem. Quod vel ex eo liquet, quod fructus ex re donata conſtante matrimonio percepti non uxori, ſed marito acquirantur, ut recte tradunt Schneid. *num. 4.* Gomez. *in leg. Tauri*, 50. & 3. *ſeqq. num. 11.* Duaren. *tit. ſol. matrim. Cod. de dona. prop. nupt. arg. in dict. leg. 29. Cod. de jur. dot.* Nam ſi hos fructus mulierem ſequi volumus, futurum eſt, ut maritus, qui ſolus onera matrimonii ſuſtinet, careat omni commodo dotis, maxime poſtquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & quantitate & in pactis reſpondeat, *Nov. 97.* Plane Juſtinianus non putavit reprehendendos judices, qui pro his rebus donatis mulieri aliquando accommodaverant actionem in rem poſt ſolutum matrimonium, *Nov. 61. §. 1.* ſed locus ipſe oſtendit, eos hoc non feciſſe ex ratione juris, neque directam in rem dediſſe ſed utilem, quæ aliquando etiam non dominis ex æquitate conceditur. Ita ferme & D. Bachov. *hic*, VINN. Immo non opus eſt poſtrema reſponſione. Nam quum ipſe fateatur auctor, uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris; quidni eamdem habeat actionem in rem, puta quaſi Servianam? An ſi mihi actio in rem competit, inde ſequitur ut ſim dominus? Idem dicendum *ad l. 29. C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias. *Vindicationes* enim veteribus dictas eſſe actiones omnes in rem, vel ex §. 15. *Inſt. de act.* manifeſtum eſt. HEIN.

A junioribus Divis Principibus) Tempore Conſtantini hoc genus donationis ante nuptias adhuc incognitum erat; quippe qui hoc tantum introduxit, ut donatio ante nuptias, quæ antea pura habebatur donatio, tacitam haberet conditionem, ſi nuptiæ ſequerentur, *leg. 15. Cod. de donat. ante nupt.* Secutis autem nuptiis, adhuc pleniſſimo jure quod donatum erat, manebat conjugis, qui accepiſſet: nec a ſponſo ſolum, verum etiam a ſponſa Conſtantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. Cod. eod.* Poſtea placuit, ut ad donatorem ſoluto matrimonio revertatur, *leg. ult. Cod. eod.* At donatio, de qua hic agitur, a ſolo ſponſo fit, nec ita unquam, ut ſponſæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: alioqui non recte Juſtinus permiſiſſet,

ut constante matrimonio augeretur: quoniam tali augmento incideret in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubie Imperator Principes Constantino juniores, qui pro vetere ante nuptias donatione penitus novam hanc substituerunt, quæ a solo sponso vel viro fit propter dotem & in dotis securitatem, & quæ non solum nuptiis non secutis nullius momenti est, sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur, re donata ad virum redeunte, vel potius apud eum remanente: quia, ut modo probavimus, mulier per hanc donationem nec proprie nec vere domina constituitur. A quibus autem introducta, aut quo tempore primum recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *leg. consensu*, 8. §. *hæc nisi*, 4. *de repud.*

Primus Divus Justinus pater noster) Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *in pr.* §. *penult. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote, tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *leg. si constante*, 19. *Cod. de donat. ante nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *leg. ult. Cod. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minime excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

5 *Sed etiam constante matrimonio initium accipiant*) Hoc a Justiniano constitutum, *dict. leg. ult. in princ. verb. simplices.* Adhuc donatio ante nuptias arbitraria erat, quamvis dos data esset: poteratque aut nulla constitui, aut dote minor, majorve, etiam si ante nuptias fieret, nec ulla requirebatur aut in partibus lucri, aut in quantitate, quæ utrinque conferebatur, æqualitas. Tantum pacta, quæ inter virum & uxorem fierent de lucranda dote aut rebus propter nuptias donatis ad partium æqualitatem redigi cœperant. Sic enim a Leone constitutum erat; ut quantam partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *leg. ex morte*, 9. *Cod. de pact. conv. tam sup. dot.* 6 Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *leg.* 10. *dict. tit. dict. leg. ultim. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc, Nov. 22. Tandem Justinianus, Nov. 97. unde sumpta *auth. æqualitas, Cod. de pact. conv. tam supra dot.* statuit, ut non partium solum æqualitas esset, verum etiam quantitatum, atque omnimodo & in pactis stipulationibus, & in ipsa etiam præstatione aut promissione tam dotis quam donationis ante nuptias æqualitas servaretur, utque dote vel donatione propter nuptias aucta vel deminuta, ad parem quantitatem altera vel augeretur, vel minueretur, ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. 7 Cæterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitatem jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant Accursius *dict. auth. æqualitas*. Baldus, Salic. *in summa dict. leg. ex morte*. Schneid. *hic num.* 4. Gail. 1. *observ.* 36. *num.* 10 Quin etiam Cujac. 5. *observ.* 4. refert, donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sane in Belgio proprie neque donationem propter nuptias, neque dotem in usu est, quamquam bona, quæ mulier in matrimonium confert, dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalium, quod moribus receptum, mera donatio est, quam mortuo marito uxor percipit & lucratur. & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus duntaxat. Consulantur super hac re D. Neostad. *de pact. antenupt.* Joann. a Sande *lib.* 2. *tit.* 4. *fere per tot.* Grotius *lib.* 1. *manuduct. ad Batav. jurispr. cap.* 5. & *lib.* 2. *cap.* 11. *cum* 2. *seq.* Petrus Greg. *syntagm.* 11. *cap.* 4. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.* 8. De jure mariti in bonis uxoris & societate conjugali, idem *dict. leg.* 1. *cap.* 7. de jure superstitis conjugis, & lucris nuptialibus, idem *dict. leg.* 1. *cap.* 11. *leg.* add. D. Lamb. Goris *adv. ins. tract.* 1. *fere per totum*. Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus. Vide Christ. *vol.* 1. *decis.* 72. 237. 273. & *illic citatis*.

Sed propter nuptias vocentur Justinianus donationem ante nuptias appellari voluit donationem propter nuptias: quoniam & augeri eam & fieri etiam post nuptias permissum sit, *leg. ultim. Cod. de donat. ante nupt.* quod non est magni momenti: & vetus nomen Rubrica Codicis retinuit. Rectius appellaretur donatio propter dotem, quod responderet vocabulo, quo Græci utuntur: quibus dicitur *ἀντίφερνα*. Cæteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. leg. ultim.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis, per jus accrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta, vel testamento; eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerit exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere; hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem mederi necessarium duximus. Et invenimus viam, per quam manumissor, & socius ejus, & qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertatem cum effectu procedente, cujus favore antiquos legum latores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est, & eo, qui eam libertatem imposuit, suæ liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

COMMENTARIUS.

Alius modus civilis acquisitionis) Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles a Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis modum, sed antiquatum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius dominii communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valde affine erat, quoniam & ipsum causa erat mere lucrativa: & quia dominium illius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile, estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu *tit. ff. de usufruct. accresc.* & in socio liberalitatis imperialis, *l. unic. Cod. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vin-

Vindicta, vel testamento) Manumisit duntaxat manumissi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iisdem modis communes manumittens partem suam amitteret, eamque accresceret socio, quibus autem modis proprium manumittens Latinum faciebat, ut iis modis communem manumittens nihil ageret, id est, neque Latinum faceret, neque partem suam amitteret, Ulp. *tit. 1. de libert.* §. *comm.* 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulp. loco patet, circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse veteres, & non omnes, sed plerosque tamen existimasse, manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paulus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur) Nam cum ea a domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno e dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus, pro parte liber esset, quoniam status hominis individuus est: necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret, accederetque socio: non absimili ratione, qua placet, usumfructum in jure cessum extraneo extingui, & redire ad proprietatem, quod explicatum §. *penult. supr. de usufruct.*

Per nostram constitutionem mederi) *leg.* 1. *Cod. de comm. serv. mand.* ubi quod in solis militibus antea obtineat, jus commune facit sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat, si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *supr. de lib.* & generaliter loquatur Imp. *dict. l.* 1. §. 1.

Contra communes regulas) Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l. invitum*, 11. *Cod. de contr. empt. l. nec emere*, 16. *Cod. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum carpendum esse, cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter*, 24. §. *si quis*, 10. *de fid. lib.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ultim. supr. de his, qui sui vel alien.*, *juramen.*

Quod nos definivimus) Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio, cujusque quod exerceret, certa definivit, crescuntque a decem solidis, usque ad septuaginta, *dict. leg.* 1. §. *ne autem*, 5. *Cod. de comm. serv. man. l. ult. Cod. de cond. insert.* Quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio Magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *leg.* 1. *titul. de jur. personar.*

TITULUS OCTAVUS.

QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

Continuatio, atque argumentum Tituli.

Explicari hactenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nanciscimur cum jure gentium, tum jure civili. In his præcipuus & modus maxime naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, *v. per traditionem*, 40. *supr. de rer. div.* Cæterum cum hoc non semper procedat, propterea quod non omnes qui domini sunt, jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeat: deinde quia quandoque etiam contingit, ut is, qui dominus non est, dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem a lege accepit; utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo; quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princip.* & §. *ult.* profert exempla eorum, qui cum domini sint, jus tamen alienandi non habent, in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli, de Marito, qui licet fundi dotalis dominus sit, tamen alienare nequit.

Accidit aliquando, ut qui dominus rei sit, alienare non possit: & contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare: quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos, legem Juliam corrigentes, in muliebrem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat, quæ Italicæ fuerant: & alienationes inhibebat, quæ invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, quæ in provinciali solo positæ sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur.

NOTÆ.

Dotale prædium) Inæstimatum scilicet: nam æstimati in dotem dati alienatio marito permissa, *l.* 10. §. 4. *ff. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *Cod. eod.* sicut & rei mobilis, *l.* 3. §. 2. *ff. de fun. & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive a me C. ad Sen. Vell.*

Sexus muliebris fragilitas) Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam reducatur inopiam, *d. l. un.* §. 15.

COMMENTARIUS.

1. *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimato in dotem datas.*
2. *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissime probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3. *Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ?*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignorationem quam alienationem?*
5. *Quantum mores nostri dissideant a jure scripto?*

Dota-

D[illegible] prædium maritus [illegible] alienare.] Primam [illegible], quæ [illegible], eum qui dominus est, a[illegible] alienare non posse, propositam in [illegible] dianoetico [illegible] tertiæ figuræ partibus explicatis. Est vero partium metathesis, qua sublata apparebit syllogismus in Felapton. *Maritus prædium dotale alienare non potest. Maritus est dominus prædii dotalis. Ergo quidam [illegible] eam alienare non potest.*] Ait prædium: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est, quod etiam probant textus in *leg.* 3. & 2. *de suis & leg.* [illegible] 3. *Cod. de jur. dot. leg. ult. Cod. de serv. pign. dat. man. auth. sive a me* §. 1. *Cod. ad SC. Vell.* utique tamen hoc ita, si maritus solvendo est, *leg.* 1. *Cod. dict. tit. de serv. pign.* &c. nam alioqui in fraudem uxoris id facere censetur, quippe cui dos deberi incipit: ex quo constat, mariti facultates ad exactionem dotis non sufficere etiamsi matrimonium necdum solutum sit, *l. si constante*, 24. *sol. matr. l. si servum*, 21. *de matrim. l. ubi*, 29. *B. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, sive mobiles sint, sive immobiles, libere a marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium sive earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *leg.* 10. §. *si ante* 4. *de jur. dot. l.* 5. 5. *l.* 10. *C. eod.* Utique si æstimatio facta venditionis causa: secus autem si facta sit tantum interrimenti, id est, taxationis causa, ut constet, quanti res sit, ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *sol. matr. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat vero procul dubio Wesembecius contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quam quæ servando servari nequeunt *arg. l. lex quæ*, 22. *C. ad adm. tut.* Longe enim plus juris maritus habet, quam tutor, & futilis collectio est ex *l. res in dotem*, 42. *de jur. dot.* Rerum, quæ pondere, numero, mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo cæterarum rerum mobilium non habet. Atque hoc tantum Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione, qualis est in mutuo.

Per legem Juliam] Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. *l.* 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex Paul. 2. *sent.* 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub *dict. tit. de fund. dot.* quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit conceptum in hæc verba: *Fundum Italicum dotalem maritus invita uxore ne alienato. neve consentiente ea obligato*, *l. un.* §. *& cum lex*, 15. *C. de rei uxor. act.* Adi Briss. *lib. sign. ad l. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accurate collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l.* 2. *de jur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus, hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere, *arg. l. plus cautionis*, 25. *de reg. jur. l.* 5. *de [illegible]* Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex [illegible], sed de prædiis dumtaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maxime damnosa esse potest propter [illegible] rerum pretium. Sed & prohibita rerum [illegible] alienatione facile fieri posset, multi ut deciperentur, magna quæ inde sequerentur incommoda.

[illegible] *Quamvis ipsius sit.*] Maritum esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicue proditum est. *l.* 1. §. 1. *leg. dot.* 13. §. 2. *de fund. dot. leg.* 7. §. 3. *de jur. dot. leg. si prædium*, 23. *Cod. eod. leg. quoties*, 27. §. *ultim. de pecul.* &c. causamque dotis habilem esse da transferendum dominium, non secus ad venditionem, permutationem, donationem, scriptum expresse est, §. *per traditionem*, 40. *sup. de rer. divis.* & probat tit. *Pand. pro dote*, non alias mulier rem alienam marito ex causa dotis tradens non transferret usucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem Publiciana, *leg.* 3. §. 2. *de Publ. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, *leg. dote*, 9. *Cod. de rei vindic.* quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit, aut repudiat hæreditatem, *l. servus*, 58. *sol. matr.* quod dotali servo libertatem dare potest, *leg.* 3. *C. de jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, *d. l.* 1. §. 1. *de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Recte igitur Græci *in Basil.* 47. *tit.* 1. [illegible]. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere in *l. quamvis*, 75. *de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l.* 3. §. *ergo*. 5. *de min. l. in eum*, 10. *de rel. & sumpt. fund. l.* 2. *de collat. in leg.* 7. §. *si fundum*, 12. *sol. matrim.* De fundo dotali disserit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *leg. in reb.* 17. *de jur. dot.* Penes mulieres esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *leg. sciendum*, 15. § 3. *qui satisd. cog.* Denique generaliter a Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *leg. in rebus*, 30. *Cod. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib.* 14. *comment.* 4. putat, maritum rerum duntaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vultejus *hic &* 1. *disc. schol.* 19. uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti, Vaudus, 2. *var. quæst.* 3. & Joann. Castill. *de usufrct.* cap. 4. marito nihil ferme tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fruendi, Robertus 3. *sent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritarium penes uxorem, ut Perenot 2. *animadv.* 2. Alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotomannus *hic*. Cæterum nemo horum quicquam affert, quod mihi probari potest. Donelli distinctio aperte vitiosa est: nam cum per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad transferendum dominium, *dict.* §. *per traditionem*, 40. necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quam æstimatæ, ut si aliena res est, usucapiendi conditio; quod etiam diserte traditur *leg.* 3. §. 1. *de Publ. in rem. act.* Hoc tantum interest, quod dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est, quippe cujus rei, si immobilis est, nec alienandæ, nec obligandæ jus habet, & quam ipsam soluto matrimonio restituere tenetur; nam quod dotis causa perpetua esse dicitur

leg.

leg. 1. *de jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur, ut perpetuo apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissime atque irrevocabiliter in eum transfert, ita ut pretii tantum debitor efficiatur; nisi forte electionem sibi mulier reservaverit, *leg.* 11. *de fund. dot. l.* 5. *Cod. de jur dot.* aut interrimenti duntaxat causa æstimatio facta sit, ut paulo ante notatum. Idemque est cum res fungibilis in dotem data est: perinde enim tunc maritus obligatur, ac si mutuum accepisset, *l. res in dotem*, 42. *de jur. dot.* Quid quod admissa distinctione Donelli, fatendum erit; dominium rei dotalis non aliter transferri, quam si venditio aut mutuum contractum sit? quod qui asserit, vi ipsa simpliciter negat, contra juris auctoritatem, rem ex causa dotis transferri aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quod maritus dicitur dominus esse illius ipsius prædii, quod lege Julia vetatur alienare, *leg. dotale*, 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum fere solum pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vulteji quoque distinctio tolerari non potest, & a juris ratione nimium quam abhorret. Res ipsa in dotem data non jus aliquod in ea re mariti effici dicitur *leg.* 7. §. *si res*, 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *dict. leg.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus atque aliis, quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vult. confutat D. M. Lyclama 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet, sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor, quod distinctio illa dominii bonitarii & Quiritarii non pendet a titulo, aut causa acquirendi, sed a genere & modo, quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta si mancipatio aut in jure cessio intervenisset: potuit & in bonis tantum si simplex modo traditio facta esset, & res nondum usucapta, per ea, quæ Ulpian. *tit. de libert.* §. *qui tantum*, 11. Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritarium plenum non semper nudum numquam, in quo perspicue errat Hotonan. fac. *lex* 7. §. *si res*, 3. *cum leg. quamvis*, 75. *de jur. dot. leg. Lucius*, 21. §. 4. *ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum, cæterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est, sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio rediturum ad mulierem, (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur) hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti, quam uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari, deque marito considerato eodem eventu Jurisconsultos nonnumquam ita loqui tamquam de non domino, & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *titul. solut. matrimon.* Qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *dict. leg.* 3. *Cod. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quæ certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *leg.* 5. *Cod. eod.* Mirandum non mihi est Justinianum sic loqui, dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam inæstimatis concessit actionem in rem. Quod tamen cum D. Bachovio de utili in rem accipio, & quæ soluto demum matrimonio uxori detur in subsidium, ubi maritus solvendo non est.

In rebus, quæ Italicæ fuerant) In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuerit, sed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maxime post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *leg. in orbe* 17. *de stat. hom.* Nam etsi prædiorum provincialium summum jus, & dominium Quiritarium penes possessores non erat; proximum tamen pleno dominio jus habebant; quod in quemvis alium transferre poterant, omniaque percipiebant prædiorum emolumenta, uno excepto, quod certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia, quam in provinciis mulieribus prospectum, cum idem ubique sit, aut esse debeat, dotium favor? Existimo, non defuisse alia remedia, quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum vero est, quod Dion. Gothof. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis, quippe ab emptore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico, *leg.* 17. *ff. de stat. hom.* huc plane non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit, *l. unic. de nud. jur. Quod toll. unic. Cod. de usus. transf.* HEIN.

Alienationes inhibebat) Alienatio dicitur omnis actus, per quem dominium transfertur, *leg.* 1. *Cod. de fund. dot.* Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, ri, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *leg. dotalem*, 16. *de test. milit.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *leg. alienationis*, 28. *de verb. significat.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *leg. si fundum*, 16. *de fund. dot.* fac. *lex si ab eo*, 12. *de usucap. lex.* 7. §. *qui sciens*, 5. *pro empt.* (3.) Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum recte dicatur, *leg. alienatum*, 67. *de verbor. significat.* Alienandi autem prohibitione eos quoque casu comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re a dominio separatum transfertur, *leg. ultim. C. de reb. aliq. non alienand.* Quare non servitutem prædio dotali maritus imponere poterit, nec servitutes prædio debitas remittere, vel amittere non utendo, *leg.* 5. *de fund. dot.* Cui consequens est, libertatem servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientiave mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *leg.* 6. *eod. titul.*

(4) *Hypothecas earum etiam volente ea*) Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant, oppignorationem etiam, quæ fiebat ea consentiente, *leg. unic.* §. *cum lex*, 15. *Cod de rei uxor. action.* Hoc ideo, quia facilius mulier adducta

eo-

potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præsens periculum est, sed spes tore, ut maritus rem luat, quam alienationi consentiat, per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat, arctius lex, immo solum prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Velleiano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. §. 1. ad Senatusconsult. Velleian.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *supr. de. l. Fusc. C.*

Utrique remedium imposuimus) Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *dict. leg. unic. §. & cum lex, 15. Cod. de rei uxor act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *leg. unic. Cod. de usucap. transfer.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset: quod lex Julia permittebat, *d. l. unic. §. cum lex, 15. vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christ. *vol. 3. decis. 133. n. 20. & 28. cum seq.*

Ne sexus muliebris fragilitas) Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut neque alienationem prædii dotalis, quæ cum consensu mulieris fit, valere patiatur, quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia, aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, οἱ γάρ εἰς ἀπάτην ἀπλούστερον γυναῖκες. Liban. *Declamat.* 35. Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jurato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *Cod. cum contingat. x. de jurejurand. c. l. cet mulieres, eodem in 6.* (5) Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quæritur: sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia fiunt, ut alibi dictum. Cæterum sive facta sit bonorum communio, sive ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare, aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio, Neostadt. *de pact. antenuptialibus obs.* 10. Grot. 1. *introd. cap. 5.* & alii allegati a Groenew. *ht.* *tract. de leg. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res suas obligandi, aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inito obligantur, nisi quatenus obligatio spectat victum, & cultum familiæ, exceptis palam negotiantibus, quæ institorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, Dom. Joann. a Sande *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, D. Neostadt *observ. rer. judic.* 18.

TEXTUS.

De Creditore, qui licet non sit dominus, tamen alienare pignus potest.

I. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditoris jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, & certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utrique parti creditorum, & debitorum satis abundeque provisum est.*

NOTÆ.

1. *Ex pactione*) Idem est, licet pactio nulla interposita, *l. 4. ff. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, *leg. 4. Cod. de distr. pign. leg. 10. Cod. de pign.* Sed etsi convenerit, nec liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modo trina præcesserit denuntiatio, *dict. leg. 4. de pignor. action.*

Qui ab initio pactus) Aut etiam ex intervallo, *dict. leg. 4. ff. de pign. action.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, *§. 42. supr. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

Nostra constitutione) *l. ult. C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixe præscribitur, cui locus sit, cum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

COMMENTARIUS.

1 *Unam saltem denunciationem requiri, non tantum cum de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cum convenit, ut vendere liceat.*
2 *Quid si dies solutioni adjecta, & solutio sua die facta non fuerit?*
3 *Formam vendendi pignoris a Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIC ex diverso ostenditur, etiam eum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pignoratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non a domino, sed jure tributa est, *l. bonæ fidei 109. de verb. signif.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l. 9. §. sicut 5. l. 12. §. 1. l. tut. 22. l. L. 46. §. ult. de de adm. tut. l. non omnis 16. l. lex quæ 22. Cod. eod. l. 1. & pass. de reb. eor. qui sub. tut.*

(1) *Ex pactione*) Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione*, Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, *l. 4. de pign. action.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur: Immo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiam nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modo ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, Negus. *de pign. 1. membr. 6. part. principal. num. 4.* Schneid. *hic num. 3.*) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, *d. l. 4. pig. act.* alioqui si numquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile, ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris. Enimvero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denun-

nuntiatione pignus vendi potest, sed una tantum denuntiatio sufficere putatur, *argum. dict. leg. 4. de pignor. act. l. 3. Cod. de jur. dom. imp. l. 4. Cod. de distr. pignor. l. debitoribus 18. Cod. de adm. tutel.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus 2. *sentent.* 13. Hoc amplius putarem cum Castrens. ad *dict. leg.* 4. Neguf. 1. *membr.* 6. *part. princ. num.* 1. Scheneid. *num.* 2. contra *Gloss.* Salic. *in leg.* 1. *Cod. de distr. pign.* Wes. *hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cum expresse convenit, ut pignus vendere liceat, cum nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertus in *dict. leg.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. debitores* 10. *Cod. de pignor.* & *dict. leg.* 4. *Cod. de distr. pignor.* Sed illud interest, quod ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti si in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justin. *d. leg.* 3. §. 1. *Cod. de jur. dom. imp.* Schn. *hic n.* 3. Sed quid dicendum de iis casibus, quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur secundum communem sententiam, per *leg. magnam* 12. *Cod. de contr. stip.* Neguf. *dict. loc.* & Scheneid. *hic n.* 1. putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque ad licentiam vendendi pignoris nudam debitoris moram. Cui sententia patrocinari videtur *l.* 8. §. 3. *de pign. act.* Sed humanius est ut dicamus, etiam hoc casu denunciationem præcedere debere. Non enim protinus sequitur, ut ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideretur, quam ut dies venerit; ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est a principali: nec si ob moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat, *dict. lex* 8. §. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solum humanius, sed etiam tutius facturus creditor, si futuram venditionem denuntiet debitori, ut se fraudis suspicione liberet, nec dolo malo in ea venditione versatus quandoque dici possit, *l.* 7. *Cod. de distr. pign. l.* 1. *Cod. si vend. pign. agat.* Bald. *in leg.* 4. *Cod. de distr. pign.* Cast. *in leg.* 4. *de pign. act.* Anton. Fab. *Cod. suo de distr. pign. defin.* 13. add. Joann. a Sande *rer. iur. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 20. Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certa juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam appellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est & sunt, qui falsum existiment? Ferret. *tract. de mora*, Charond. 3. *verosi.* 10. Bachov. *in Treutl. disp. de usur. h.* 7. Quamquam horum argumentis solide mihi respondisse videtur Dom. Guiliel. Masius *sing. opin. lib.* 2. *cap.* 4.

Quamvis ejus ea res non sit) Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus* 9. *Cod. de pignor. act.* non enim hoc contractu pignoris agitur, ut res alienetur, sed ut obligetur creditori in securitatem crediti.

Qui pactus est, ut liceret) Hic igitur casus non magis huc pertinet, quam si procurator, cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest, utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus, §. *nihil*, 42. *sup. de rer. div.*

(3) *Nostra constitutione consultum*) Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianeæ, quæ est, *l. ultim. Cod. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si vendendo pignore nihil convenerit, alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est, jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor a Principe petere facultatem pro domino possidendi: quia tamen impetrata, adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit: eo vero tempore sine solutione transacto, creditori justus pignoris dominus efficiatur. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Bart. *d. l.* 4. *de pign. act.* & *dict. leg. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic num.* 6. Baron. *comment. part.* 2. Christ. *vol.* 4. *decis.* 172. *num.* 3. & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptione creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lueret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat, sed distractio addictione fieri solet auctoritate Magistratus, uti jure Roman. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l.* 2. *Codice si in caus. jud. pign. c.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *leg. Divus* 15. §. 2. & *seqq. de re judic. l. cum proponas* 9. *Cod. de bon. auct. judic. possid. cap. quod consultationem*, *de sent. & re judic.* Dyn. *in leg. si finita* 15. §. *Julianus* 16. *de damn. infr.* Negus. *d. eod. num.* 7. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 65. vid. Merul. *lib.* 4. *tit.* 100. *cap.* 1. *num.* 10. Neostad. *decis.* 90. *sup. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l.* 6. *de pign. act. l.* 9. §. 1. *de distr. pign. l.* 3. *Cod. eod.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat, sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem vincendam, ac tum distrahendam esse. VVesemb. *parat. de distr. pign. num.* 1. & 10.

T E X T U S.

De pupillo, qui licet dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, sicubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt; si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.*

N O T Æ.

2. *Ideoque si mutuam pecun.*) A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est,

... 2. §. 2. l. 16. l. pen. ff. de reb. cred. d. l. 9. princ. de auct. tut. & in nativo suo significatu, *l. 1. C. de fund. dot.* Ita Interpp. omnes & novissime Fabrot. & Grot. *in sparf. flor.*

Bona fide consumpti) Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & condictionem parit, *l. 19. §. 1. ff. de reb. credit.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum 2. leg. seqq. eodem.*

Si mala fide, ad exhibend.) Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l. 131. 150. de reg. iur.*

COMMENTARIUS.

1. *Corpora, quæ mutuo dantur, alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2. *Nummi quando consumpti intelligantur?*
3. *Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.*
4. *Cur in casu consumptionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore Cujacii.*

Redit ad eos, qui, cum domini sint, alienare non possunt. Meminit porro unius pupilli, sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l. 3. Cod. de rest. in int. l. lex quæ 22. Cod. de adm. tut.* item is, cui bonis interdictum est, qui, cum de eo obligando, aut alienando diminuendove ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, *l. 6. de verb. oblig. l. 12. in fin. de tut. dat.* cum etiam cæteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus *in §. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. dict. leg. 12. in princ. de tut. & cur. dat.* Filius quoque familiæ non potest alienare bona adventitia, quorum usumfructum pater habet, *l. ult. §. ipsum 5. vers. Finis Cod. de bon. quæ lib.* Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, *Pand. & Cod. eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare) Alienatio a pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est; quippe cum nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l. 9. & passim de auctor. tut. l. 11. de acq. rer. dom.* Cæterum auctore tutore, & obligari potest, modo infantiam excesserit, & res suas recte alienat *d. l. 9. l. 5. de reg. iur. §. pupillus 9. inf. de inut. stip.* Res intellige, quarum alienatio sine decreto non est interdicta. Nam prædia pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto Magistratus alienari prohibita, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui sub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. sine dec. non al. d. l. lex quæ 22. C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam pecuniam, &c. non contrahit obligationem) A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuam pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec condictio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, *l. 2. §. 2. de reb. cred.* Supponit igitur Imperator id quod mutuo datur, alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, *leg. 9. princ. de auct. tut. l. 16. l. penult. de reb. cred.* nec minus perspicuum, quam verum: quippe cum omnis actus, per quem dominium transfertur, vere & proprie sit alienatio, *l. 1. Cod. de fund. dot.* & sine alienatione fieri non possit, ut dominium rei ab uno abeat, & per traditionem transferatur in alium. Constat autem, corpora ipsa, quæ mutuo dantur, desinere esse dantis, & fieri accipientis, ceu aliena, ita ut vindicari, aut ab eo avocari nequeant, *l. 35. §. 1. de donat.* Nec vero ideo minus alienantur, quia accipiens obligatur ad rem ejusdem generis restituendam, puta frumentum pro frumento, vinum pro vino. Quid enim refert ad alienationem ejus, quod datum est, utrum mihi, verbi causa, frumentum ea lege datum sit, ut pro eo vinum aut oleum vicissim dem, uti fit in permutatione: aut frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut fit in mutuo? Est igitur mutui datio alienatio in nativo suo significatu: & ita Interpretes omnes, ac novissime Fabrot. *ad Theop.* & Grot. *in spar. flor.* (1) De quo cum sermonem haberem cum summo atque incomparabili viro Dom. Claud. Salmasio, hactenus quidem mihi assensus est ut fateretur, corpus rei, quæ datur in mutuo, alienari: sed negabat, ex eo effici, mutuum alienationem esse nisi forte materialiter. Proprie autem & formaliter mutuum non posse dici alienationem, propterea quod in eo nulla contingeret alienatio datæ quantitatis, sive sortis quæ diversum quid esset a data specie apud debitorem pereunte, & in qua proprie substantia mutui consisteret, uti recte docuisset Carol. Mol. *tract. de usur.* Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti Dom. Salmasii sententia, si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum, *l. 1. quid cert. loc. leg. repetitio 44. de cond. ind. l. 6. §. apud Labeonem 6. quæ in fraud. cred. l. 91. de verb. signific.* Proprie tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum est, *l. 27. §. 2. l. 34. princ. de aur. arg. mund. leg.* Boet. *in Top. l. 2. pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum.* Et ita *in leg. 1. de lib. leg.* Et ideo creditori non vindicatio sortis, sed tantum condictio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere, nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, *§. 14. inf. de act. l. ult. in fin. usufr. quem cav.* Non male igitur mutuum a Cuj. definitur, alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si certa pet.*

Vindicari nummi possunt, sic ubi extant) Similis locus est *in l. 11. §. ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, *d. l. 11. de acq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire, ut possidenti detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l. 9. de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. possess. 29. de acq. poss.*

Bona fide consumpti) Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri, quam apud scriptores notarum: quippe quibus temporis non est vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *leg. 9. §. 2. de auctorit. tut.* scribit: pecuniam in proposito intelligi consumptam, cum is qui accepit eam, alteri reddidit, aut in solutum dedit: utiturque argumento *leg. non omnis 19. §. 1. de reb. cred.* quo tamen, loco

loco ipsum aperte negatur, & recte: Nam datio in solutum, aut creditum non facit, quominus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat & certo apparet, non potest dici consumpta, & apud quemcumque, aut ubicumque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & a domino vindicari potest, ut proxime Imper. dixit (2) Quando igitur consumi intelligitur? Nimirum cum quis ea sic utitur, ut eo facto corpora ipsa nummorum, quæ data sunt, non appareant. Id vero contingit primum corporibus sublatis, veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit, quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio, §. *cum ex aliena* 25. *sup. de rer. divis.* Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest; ad priorem speciem sive monetam non potest. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi, sed nova hæc moneta, & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus, veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint, nam etiam ea re eum qui accepit, dominum fieri placet, *l. si alieni* 78. *de sol.* Don. *ad l. regasti* 11. §. *ult. d. tit. n.* 9. Ait, *bona fide*. Quod ergo *in d. l. non omnis* 16. §. 1. *de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci condictionem, id *ex hoc loco* junct. *d. l. rogasti* 11. §. *ult. a tit. l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris, quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio loco jure habentur, quam si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo* 131. *l. parem* 150. *de reg. jur.* (3) ac proinde cum malæ fidei consumpto consummentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptionem confirmabitur, Donell. *d. loc. loc. n.* 7. Quod vero Dom. Bachovius putat non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quæratur, & tamen bona fide tantum facta consumptione, mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere; id mihi plane ἀπίθανον, videtur. Et sententia Bachovii, quod per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis, supra a me refutata est *sub* §. *cum ex aliena* 25. *de rer. divis.*

Condici possunt) Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumptis, ei qui dedit, condictio detur tamquam ex mutuo, *l.* 11. §. *ult. cum* 2. *legg. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si iis rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, consumptis nummis & illi condictio nascitur, *l. non omnis* 19. §. 1. *de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem esset, placet & bona fide consumptæ, quasi translatæ: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. DD. *in d. l.* 11. §. *ult.* & *d.* 19. §. 1.

Si mala fide, ad exhibendum) Puto tamen & condictionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominium non facit, ut paulo ante probavimus: sed condictionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædo-rem fructuum consumptorum nomine dari, *l.* 3. *Cod. de cond. ex leg. l.* 4. *C. de crimen exp. hæred.* Ait, *ad exhibendum*. (4) Immo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est. Sed, inquit, in rem utilis est, ad exhibendum directa: quare commodius agi ad exhibendum quam in rem. Quod falsum est & inconsiderate a Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest, ut contra eum, qui possidere desiit, detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi, quam restituendi facultatem habebat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum, qui dolo malo desiit possidere, utraque utilis: Nam quod dolus pro possessione est, id non ex vero, sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum, quod sua interest, §. 3. *inf. de offic. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est. *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecuturus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsultus, *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred.* *Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi*: Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

T E X T U S.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, Quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus, qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius judicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat. Quo subsecuto, si & judex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur hujusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter, quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habet pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominus condemnabitur: quia temere sine tutoris auctoritate, & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id, quod solvunt non fit accipientis: tum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

N O T Æ.

3. *Plenissima securitas*) Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus: quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *tit. si tut. vel cur. int.*

Salvam habeat, aut locupletior) *l.* 15. *l.* 47. *l.* 64. *ff. de solut. leg.* 4. *de dol. exc. leg.* 14. *ff. de cond. l.* 57. *de reg. jur.*

Nec enim debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de rescr. quib. mod. tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inspiciatur, disce ex *l. 4. ff. de except. d. l. 47. pr. & 5. de solut.* §.

Male consumpserit. Th. κακῶς ἐδαπάνησεν, per luxum prodegerit.

Aut ea) Deest in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

Nulla enim est alienatio) Argumento a genere ad speciem quæ valida est ἀναπόδεικτα, Nota, & solutionem esse speciem alienationis, *d. l. 9. §. 2. De auct. tut. l. pen. ff. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei solutæ transferat.*
2. *Pupillo in quem solutio collata, recte solvit etiam sine tutoris auctoritate.*
3. *Quis sit sensus verborum hujus* §. ita licere tutori vel curatori. &c.
4. *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*
5. *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus?*
6. *Cujus periculo sit pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, aut in solutum dedit?*

(1) *Sine tutoris auctoritate dari*) Pupillus quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate *l. 11. de acq. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor) Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent, *quamquam*. Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, præcedentis regulæ exceptio; nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte detur sine tutoris auctoritate, cæterum hactenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hic illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia *præc. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse; huic enim esset consequens, ut nec sine tutoris auctoritate pupillo recte solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo 15. de solut.* Quod ut speciosius dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. VINN. Forsan scriptum fuerat; *Alioqui si debitor pupillo solvat*: idque librarii vel qui emendationis curam in se susceperant, mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paullo post videbant repeti. Sed pergamus. HEIN.

(2) *Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur*) Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de auct. tut. in pr. l. Julianus 13. §. quis 29. de act. empt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione dominium in pupillum transferat: sed tamen a pupillo, qui per se neque contrahere, neque distrahere obligationem potest, non liberat, *d. l. leg. 5. de solut. l. 5. de reb. cred.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris, vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipsi jure contingit, *l. Lucius 46. tutelæ. l. 5. de adm. tut.* Pupillum autem intelligimus creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantum adjectus sit, hoc est solutio sive jus solvendi in eum collatum, puta si quis stipulatus sit sibi, aut Titio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l. si stipulatur 11. ne solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur. Et solutio sic accipiatur, quasi ipsi creditori solutum esset, quia ita sibi solvi voluit, *l. si ita stipulatus 50. d. tit.* de quo ex professo infra §. *si quis alii 5. de inut. stip.*

In constitutione, quam ad Cæsarienses advocatos) Missa est hæc constitutio ad Joannem Præfectum Prætorio: intelligit enim *leg. sancimus 25. Cod. de admin. tut.* quod ipsa verba illius constitutionis, quæ huc translata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *leg. ult. C. de pact. leg. si major. 11. Cod. de legit. hæred. leg. si fidejussor. 27. Cod. de fidejuss. leg. optimam 14. C. de cont. stipul.* junct. §. *item verborum 12. infr. de inut. stip.* quæ omnes adversus consultationes & & quæstiones a Cæsariensi advocatione propositas scriptæ, & ad eundem Joannem Præf. Prætor. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujac. & Fabrot. existimant, sed Palestinæ, perspicuum est ex *dict. l. fidejuss. 27. C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis, Palæstina appellatur.

(3) *Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere*) Locutio implicata, quæ sic constituenda & ordinanda est. *Ita licere* (id est, *permitti, jus esse*) *debitorem solvere tutori vel curatori*, &c. *Solvere*, id est, *numerare quod debetur*. Theophilus τὸ ἐξοφλῆσαι τῷ κατηγορούμενον Anton. Fab. 13. *conject. 13. & jurisp. 12. pr. l. 7. illat. 43.* huic orationi alium sensum affingit, quasi ita scriptum esset; *ita licere tutori vel curatori debitorem pupilli, vel adulti absolvere & liberare* (qui scil. antea pupillo, aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent *si prius judicialis sententia*, &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facile est obvia, *solvere debitorem* non liberare obligatione; quanquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur, *l. decem 216. de verb. obl. si ex pluribus 16. de accept.* (4) pugnat illa Fabri expositio manifeste & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mire torquet, ne videantur obstare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam, quæ hæc est: Quamvis ipsi tutori ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, eaque solutione debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen pecunia male consumpta maleve collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervenerit, *l. 1. C. si adv. sol. 2. Cod. si tut. vel cur. int.* Vid. Gomez. 2. *resol. 14. n. 2.* Maur. *de rest. cap. 176. & seq.* Brisson. *lib. 1. de sol. sect. 4.*

Si prius judicialis sententia) Excipiuntur reditus annui & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine judice tuto solvuntur, *d. l. sancimus 17. cod. de admin. tut.* Siquidem & molestum esse, quotannis adire judicem, & incommodum minori, diu differri solu-

solutionem ejus rei, unde fere ali solet. Quod autem & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas bienni aut summam centum solidorum, *leg. constitutionem 27. Cod. dict. tit.*

Sine omni damno) Id est, ut Theophilus interpretatur, δίχα πάσης δαπάνης, sine ullo scilicet sumptu aut impensis in judicium, scribarum, viatorumve mercedes. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas) Ita ut nec adversus solutionem decernente judice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto judicis venditionem, *l. 11. Cod. de præd. min.* Nam debitor ex necessitate solvere tenetur; emptor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente judice facta a debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & pro e'ebat hoc ita, etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset, *l. 7. §. 2. de minor.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine judice: solum hic supererat adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, si forte pecunia male collocata, & tutor vel curator solvendo non esset. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam, aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licet tutor vel curator intervenerit, aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus quam olim hoc casu securos esse: quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent, patuisse minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero esse, quod de se querantur debitores, quod non solverint secundum præscriptum constitutionis Justinianææ.

Pecuniam autem salvam habeat) Etsi solutione sine tutore judiceve facta eamdem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum; (5) si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *leg. pupillo 15. de solut. l. bona fides 57. de reg. jur. l. penult. §. 1. de reb. cor. qui sub tut.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento contra quam natura æquum est, *l. 4. §. si quis 4. de dol. mal. exc. l. in pupillo 47. de solut. l. nam hoc 14. de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est; quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l. 3. §. pupillus l. 6. in pr. de negot. gest. leg. 5. in pr. & §. 1. de auct. tut. l. naturaliter 13. §. 1. de cond. ind.*

Aut ex ea locupletior) Locupletior factus intelligitur, si ex pecunia soluta rem aliquam sibi comparavit, quam etiam nunc habet, *l. 4. de except.* aut si ea quovis modo in rem ejus versa sit, *l. pupilli 66. de solut.* Hoc amplius & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit, quam alioqui de suo empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *leg. in pupillo 47. §. 1. de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in hujusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *d. l. in pupillo 47. §. 1. l. 4. de excep. l. litis 37. de neg. gest.*

Quod si male consumpserit) Si pupillus, cui sine tutore aut judice solutum est, pecuniam salvam non habet, neve ex ea locupletior factus sit, sed male, profuse, ἀσώτως eam consumpserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eamdem summam solvere cogitur. Plane si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur, quam pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt intelligimus, quid sibi velit Accursius, qui in *l. 7. §. 2. de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem solventem triplicem posse consequi liberationem, aut securitatem; plenam, pleniorem, & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut judicis auctoritate solverit, & pecuniam pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa, ut *hic & supra dd. leg.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse desinit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l. 10. l. creditor 55. l. debitor 108. de verb. signif.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo, non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l. 1. C. si advers. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis: quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartholi in *d. l. 7. §. 1.* ceterorumque Interpretum distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata *lib. 27. conj. 13.*

Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt) Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ita eadem ratione nec solvendo creditori suo quod debet, liberatur. Ceterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, condictio ei nascitur; ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis 19. §. de reb. cred. l. 9. §. 2. de auct. tut. l. 14. §. ult. de solut.* 6) Quid ergo si nummi, quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit, aut in solutum dedit, casu apud eum qui accepit, perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l. 19. §. 3.* Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* Sed recte cum *Gloss. & DD. comm. Zas. ibid num. 8.* contrarium defendit, ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore 6. Cod. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum; hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere; sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis aliud credidisset aut solvisset.

TITULUS NONUS.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR?

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis, & Argumentum Tituli.

HIC titulus totius superioris disputationis quamdam quasi amplificationem continet ostendens, non solum nobis acquiri *dominia* per nosmetipsos; verum etiam per alios [illegible]. Personae, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est eos, per quos nobis acquiratur, oportere nobis subjectos esse: vel revera, ut sunt liberi nostri, quos in potestate habemus; item servi, cum nostri, tum aliquatenus etiam alieni, in quibus usumfructum habemus: vel sola nostra opinione, ut sunt servi alieni & liberi homines, quos bona fide possidemus. De quibus singulis cum explicatum est, removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis, nihil acquiri possit: ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

T E X T U S.

Summa.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habetis: item per servos, in quibus usumfructum habetis: item per homines liberos & per servos alienos, quos bona fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.

N O T Æ.

Quos bon. fid. possidetis) Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui sola opinione nostra.

C O M M E N T A R I U S.

ACquiritur nobis) In aliis libris haec & quae porro sequuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Cajum *l. 21. de acq. rer. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theoph. hunc locum reddit, & legendum censent Cujac. Bar. Wesemb. Mihi utro modo legas, parum referri videtur.

In potestate) Non dixit *in dominio*, sed generaliter, *in potestate*, ut uno verbo & filiosfamilias & servos comprehenderet. Nam potestatis verbo, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium significatur, *leg. potestatis 215. de verb. signif.* VINNIanum [illegible] aeque ac servos fuisse in dominio [illegible] Quiritium [illegible] est. Liberi enim poterant mancipari, tamquam res mancipi, *Caj. Inst. tit. 6. 3.* [illegible] [illegible], *leg. 1. §. 2. ff. de rei vind.* [illegible] [illegible], *in furtum* [illegible], actio furti institui, *leg. 38. §. 1. de furt.* Conf. III. Bynkersh. *de jure occidendi, lib.* [illegible] *cap. 1. p. 146.* HEIN.

T E X T U S.

De liberis in potestate.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis acquirebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum esset alii filio vel extraneo donare, vel vendere, vel quocumque modo voluerant, applicare. Quod nobis inhumanum visum est: & generali constitutione emissa, & liberis pepercimus, & parentibus honorem debitum reservavimus. Sancitum etenim a nobis est, ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc secundum antiquam observationem totum parenti acquiratur, Quae enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias acquisivit, hujus usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

N O T Æ.

1. *Castrensibus peculiis*) Quae primum filiisfamilias militibus concessa: postea etiam veteranis, seu militia missis, *p. in pr. quib. non est perm. fac. test.* Juven. *sat. 16. v. 52.* Postremo ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione litteratae militiae, *§. ult. infr. de mil. test.*

Sine ulla distinctione) Id est, peculium omne paganum pleno jure patri acquirebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

Generali constitutione) *L. 6. C. de bon. quae liber.* quae quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante a diversis Principibus statutum erat, *l. 1. & 2. C. de bon. mat. l. 1. 2. 6. & 7. Cod. Theod. l. 1. & 4. Cod. de bon. quae lib.* ne [illegible] abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

Honorem debitum) [illegible] [illegible], *debitum reservavit*, vox *honorem* abundare videtur Cujac. quoniam hic non agitur de honore debito, sed acquisito. Deest quoque in emendatissimis editionibus teste Fabro.

Usumfructum patri) Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietas filio acquiritur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quae lib.*, auth. *excipitur, cum 2. seqq. C. eod. Peculium adventitium*, [illegible], [illegible], Gloss. lingr. quod aliunde, quam a patre obvenit, & quasi [illegible].

C O M M E N T A R I U S.

1. *Post acceptatam demum Remp. filiisf. primum militibus, deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum; procedente tempore, & quasi castrense.*
2. *Quid sit peculium filiusfamil. quot ejus species, & quid singulae?*
3. *Translato in Thracium Imperio, primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissime omnium adventitiorum proprietatem filiisfamil. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*
4. *Quid moribus nostris, & Gallorum?*

Exce-

EXceptis castrensibus peculiis) Florente Republ. peculium filiifam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque plane jure jus & in corpus & in servos; cujus rei inter alios testis locuplex est Dionys. Halicarnassus *lib. 8. Romani*, inquit, *proprium nihil possident, quandiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioque permissa sunt omniaque parentibus acquirunt quasi servi*, ut ὑπο-χείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων: Verum Imperatores ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent, eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfamil. pleno jure concesserunt: primum militibus, postea etiam veteranis seu a militia dimissis, *infr. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifamil. in hoc peculio jus ac vicem patrumf. obtinere cœperunt, *l. 2. de SC. Mac.* idque significat Juvenal. *satyr. 16. vers. 52.* his versibus:

—— Nam quæ sunt parta labore
Militiæ, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cujus regimen pater. ——

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l. 1. de testam. mil. d. pr. infr. quib. non est. perm. fac. test.* Postremo nec multo post ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfamil. permissum est, *§. ultim. inf. de militib. testib.* Plane hactenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensia pater jure peculii occuparet, *leg. 2. de castr. pec.* de quo plura alibi. VINN. Jus in peculio castrensi eodem tempore concessum videtur filiisfamilias, quo militibus liberrima illa testamenti factio concessa est, cujus historiam habes in *l. 1. pr. ff. de test. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii intestati Juri peculii occupet, si liberos vel frater non reliquit. Nam & bonis publicatis, ea tamquam peculium penes patrem manent *l. 3. C. de bon. proscr.* Utroque enim casu cessat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujusmodi concessum est privilegium. HEIN.

Sine distinctione) Profectitii scil. vel adventitii peculii, proprietatis & usufructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. (2) Ex his porro patet, quicquid filiusfamilias habet, sive concessione patris, sive partum suo labore, aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiifamil. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus, peculium filiifam. esse militare, vel paganum: & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense, & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit, quo quid contineatur, docent *leg. castrense 11. de castr. pec. l. 1. Cod.* Quasi castrense est, quod in toga operam Reip. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa inermique militia, *l. ultim. C. de inoff. testam. l. 4. advocatio 14. C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque a Principe in filiumfamiliam collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *leg. 7. Cod. de bon. quæ lib. in pot.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifamil. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus, ac si paterfamil. esset, *dict. pr. inst. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec Castrense 16. de collat. l. 1. de SC. Mac.* Adde quæ notavimus sub *§. ult. infr. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod a patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ, aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. Cod. de bon. quæ lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo ususfructu patri relicto; de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare) Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii acquisitum esset, Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l. certum 13. C. fam. erc. l. filiæ 12. C. de coll.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet 6. C. de bonis quæ lib. potest.*

(3) *Generali constitutione omissa*) Cum olim bona omnia adventitia non minus, quam profectitia pleno jure patris essent, Constantinus detraxit bona materna, quorum usumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l. 1. C. bon. mater. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. Cod. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. Cod. d. tit. l. 7. Cod. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius, hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Postremo Justinianus generali constitutione omissa quacumque ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *dict. leg. cum oportet 6. Cod. eod. tit.*

Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem) In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri secundum observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donatione 31. §. 2. don.* & bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum 4. in fin. de min.* Ait, *ex re patris*, *in d. l. cum oportet 6. ex substantia patris*. Quid igitur dicemus, si quid filio obvenerit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hic & in d. l. cum oportet 6.* id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si servo 21. cum leg. seq. de usufruct.* ubi quod servo fructuario relinquitur, aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur tamquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures 10. §. in arrogato 6. in fin. de vulg. & pup. subst.*

Usumfructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat) Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet 6.* Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi,

di, l. cum oportet 6. C. eod. Si tamen ususfructus filio relictus sit, pro tertia acquiritur patri, at eo mortuo redeunt ad filium l. ult. C. de usufr. Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hereditate, quam filius renuente patre adiit, d. l. ult. §. 1. postea etiam in pluribus casibus: in rebus ea lege filio datis, ne ususfructus ad patrem perveniret: in hereditate fratris & sororis, ad quam una cum filio pater admittitur; item in iis rebus, quæ filio deferuntur ob delictum patris, qui divertium fecit sine causa, auth. excepitur, & 2. leg. C. de bon. quæ lib. VINN. Immo & alii sunt casus, quibus plena filio proprietas acquiritur, veluti si pater dolose versatus sit in bonis filio restituendis, l. 50. ff. ad SC. Treb. si princeps filium rem. donarit, leg. 7. C. de bon. quæ lib. HEIN. (4) Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quasi, filii sui, non patri & in solidum acquiruntur; in præfecturis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, Gudel. de jur. novis. lib. 1. cap. 4. Christin. in consuet. Burgund. §. 1. tit. Des regans des. comm. ues ad verf. & tout les fruits. Pet. Greg. Syntagm. 11. c. 8. n. 12. Enimvero quod provenit ex quæstu, aut opera liberorum, quo parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur. Grotius 1. manud. cap. 6. add. Groenew. de leg. abr. g. hic.

T E X T U S.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque a nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere, si voluerat, licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumanum quiddam accidebat ut filius rerum suarum hac emancipatione dominio pro tertia parte defraudaretur: & quod honoris ei ex emancipatione additum erat, quod sui juris effectus esset, hoc per rerum deminutionem decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia, dimidia potiturus.*

N O T Æ.

2. *Liberos suos*) Th. παῖδας. Cujac. Hotom. Fabr. *liberum suum*, numero singulari ut *intr. de serv. cogn. in pr. & l. 35. Cod. de inoffic. testam.* Aureol. Victor. c. 26. *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

Anterioribus constitutionibus) Intelligit *l. 2. & 2. Cod. Th. de mater. bon.* quæ Constantini sunt, *l. 6. §. 3. Cod. de bon. quæ lib.*

Pro pretio emancipationis) Quasi remunerationis gratia. *Theoph. d. l. 6. §. 3.* non præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est maximum bonorum, *l. si a par. quis man.*

Quod honoris) Honorificum est filio suo, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur, cum peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expresse non reservato, patrem?*

EMancipando liberos suos) Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus, *leg. si quis 33. Cod. de inoffic. testam.* & *tit. de serv. cogn. in pr.* legitur; *liberum vel liberos.* Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib. 2. cap. 13.* quod & Caius confirmat, *l. non est 148. de verb. sign.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habeo liberos, non habet liberos*, semper plurativo numero profertur, sicut & pugillares & codicilli. Gloss. Græc. Lat. τέκνα, *liberi*, *pluraliter, tantum declinatur.* Quod autem Valla *lib. 3. elegant. 8.* scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Caium reperire, existimo esse ἁμάρτημα μνημονικόν, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino, & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis 34. de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent, sed Florentina nos docuit, legendum, *nolle suum esse*. Apud Ulpianum, *l. nemo 126. §. 1. de reg. jur. qui liberum acquisierit*. Sed & in Florentino Codice est, *qui liberum acquisierit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat. VINN. Immo locus, ad quem respicit Valla, est apud Quintil. in *Declam. II.* Conf. W. Cl. Mancker. ad Hygin. *Fab. 9.* & Duker. de Latin. vet. JC. pag. 585. HEIN.

Ex rebus, quæ acquisitionem effugiebant.) Id est, in iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirebatur, ex Græcorum Imp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia, & sponsalitia lucra, ut notatum §. præc. Cave igitur intelligas peculia castrensia, aut quasi; nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 3. C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis.) Constantinus *l. 1. & l. 2. C. Theod. de bonis matern.* censuit, æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraret, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tantam bonorum bonorum partem sibi retinere, idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat, quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibique acquirat, quod lucrosum. Et hoc est, quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*, quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia, dict. leg. cum oportet §. 3.* Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l. 3. C. Ton. matern.*

(1) *Pro tertia parte dominii, dimidiam ususfructus*) Justiniano durius visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam earum partem parens manumissor auferret, sibique pleno jure haberet. Neque tamen æquum putavit, nihil omnino remunerationis invicem accepti beneficii libero rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte, quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat, partem dimidiam non domi-

dominii, sed ususfructus consequeretur, ideque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censet, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expresse reservavit, *d. l. cum oportet 6. cum autem 5.* cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tamquam a patre tacite donatum, si pater id non ademerit, *l. donationes 31. §. 2. de don. arg. l. si Sticho 53. de pecul. un. C. de pec. ejus, qui lib. mer. §. si peculium 30. instr. de leg it.* Differentiæ rationem hanc affert Jo: Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio cujus ille adimendi potestatem non habebat; in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis: quandoquidem ipse pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non adimit, concedere ita tacite intelligatur. Cui addit Div. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis professio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro a patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta, hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. cum oportet 6. §. cum autem 5.*

T E X T U S.

De servis nostris.

3. *Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu hæreditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit, vobis hæreditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio, vel longi temporis possessio vobis accedit.*

N O T Æ.

3. *Et convenienter*) Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas, *l. 32. ff. mand.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur per servos nobis acquiratur & ignorantibus & invitis?*
2. *Cur hic excepta hæreditas?*
3. *An possessio per servum domino ignoranti acquiratur quacumque ex causa?*

Dictum hactenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus; sequitur de acquisitione per servos, in qua jus vetus per omnia servatur, ut creditum a Cajo, *l. 10. l. 1. & deinceps de acqui. rer. dom.* Et translatum id inde est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii, (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum a rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur; Subobscure hoc dictum videtur pro, *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere, *infr. per quas person. acq. §. 1. infr. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur, per quas personas nobis obligatio acquiritur, sed dominium, sive proprietas, & possessio.

(1. *Ignorantibus & invitis*) *L. etiam invitis 32. de acquir. rer. dom. l. quamadmodum 46. de jur. dot.* Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio quærenda, quam hic & apud Cajum *d. loc.* relata est; nimirum, quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est; & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiratur ei, qui in potestate habet, domino vel patri, (nam & filiusfamilias qua talis huc pertinet, *l. placet 79. de acq. hær.*) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfamilias sustinet, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur & invito beneficium non acquiri, *l. hoc jure 19. §. 2. de don. l. invito 79. d. reg. jur.* Non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut hic domino per servum acquiratur. Quod si dominus id, quod sibi ita quæsitum est, habere nolit, licet ei id repudiare aut abjicere. D. Tuningius, ut hanc objectionem effugiat, duos quasi gradus in hac acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium, alterum in persona nostra, in qua progressus quidam numeretur. Ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri quod progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed nunc est necesse, ut eo confugiamus, & sit hæc acquisitio in momento, *d. leg. placet 79. de acq. hær.* frustraque alias exciperetur hæreditas.

Sed si hæres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu) Exceptio proxime præcedentis regulæ. (2) Hæreditas quidem & ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris caussis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus duntaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *leg. si quis 15. §. jussum 4. de acq. hær.* Illi autem cur ita placuerit, nimirum servi esse domini conditionem deteriorem facere, ignorantem eum obligando æri alieno hæreditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notum est, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

Et convenienter vobis legatum) Convenienter ei, quod proxime præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ.

Quod per servos nobis acquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus; igitur & ex causa legati. Ex hac vero causa procul dubio etiam ignoranti & invito domino per servum acquiretur sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invito* 32. *de acq. rer. dom.* Nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. [illegible]* 22. *mandat.* Plane jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in pr. *hujus* §. mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l.* 10. §. 1. *de acq. rer. dom.* describens, incaute initium illius §. interpolavit: nam Cajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d.* §. 1.

Non solum proprietas, sed etiam possessio. An possessio per servum nobis acquiratur, causa est, cur dubitas. [illegible] res non juris, sed facti est. *l.* 1. §. 3. & 4. *de acq. poss.* [illegible] 19. [illegible] ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. quod servus* 44. *de [illegible]* §. 2. *inst. de [illegible]* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum & facti est, sed etiam juris, teste Papin. in *leg. possessio* 49. §. 1. *de acq. poss.* aut potius, ut idem Papin. in pr. *d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda, aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: interque hæc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res certæ, utique si nostro nomine possessionem apprehendant. 3 Cum autem generaliter & simpliciter tum hic, tum apud Cajum, *d. l.* 10. §. 2. *de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solum proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri, apud Ulp. *l. si me* 34. §. *ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. DD. crediderunt, æque per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti acquiri, ac res cæteras, excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant, causam peculiarem ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignoranti domino acquiratur: si extra causam peculii, non nisi scienti: quæ distinctio aperte proponitur *l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. quod servus* 24. *l. [illegible]* 44. §. 1. *de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicue indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo & corpore acquiri possit, *d. l.* 3. *in pr.* & liceat corpore alieno, animo tamen non nisi nostro nobisque volentibus, *d. l.* 3. §. *cæterum* 12. *l. ea quæ* 5. *de acq. rer. dom.* Hunc animum nostrum in earum quidem rerum possessione, quas servi ex causa peculiari adipiscuntur, quodammodo in genere [illegible] concurrere, eamque quasi voluntate nostra intelligi pendere, eo quod peculium eos habere permisimus; in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem [illegible] acquisitione antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamque scientiam necessariam esse, *d. l. [illegible]* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, [illegible], quemadmodum hic scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l.* 34. §. *ultim. eod.*

Unde etiam per eorum longam [illegible] Caj. *d. l.* 10. §. 2. hoc sic expressit: *unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiritur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsita veluti per procuratorem ad usucapionem non prosit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptum* 47. *de usucap. l.* 1. *C. de acq. possess.* quod plenius explicabimus *sub* §. *penult. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

5. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit, ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiritur.*

NOTÆ.

De iis servis.) Ex *l.* 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.*

Ex operis suis) Puta si sutor, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l.* 26. *de usufr.* Quid si ex superioribus causis; nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipiat; acquirit domino proprietatis, *leg.* 25. §. 3. *d. tit. l.* 37. §. *pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet, fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

Hæres institutus, &c.) *ff. l.* 10. §. 3. *l.* 57. *l.* 49. *de acq. rer. dom. l.* 25. *pr. de ac. hæred.* Ex ipse, nisi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l.* 21. & *seq. de usufr.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua fructuario acquirere intelligitur, *leg.* 45. *dict. t.* ne objici possit, quod aditio hæreditatis non sit in opera servili, *dict. leg.* 45. *in pr.*

COMMENTARIUS.

1. *Cui acquirat servus fructuarius, si dicat, se domino proprietatis accipere ex re fructuarii?*
2. *Aditionem hæreditatis non esse in opera servili, & quare?*
3. *Servum contemplatione fructuarii hæredem institutum fructuario hæreditatem acquirere, & jussu ejus, non domini adire.*

QUÆ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *præc.* ea locum habent, cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietas, hic ex duabus causis usufructuario per hunc servum acquiritur, ex re fructuarii, servi operis; ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus, de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis. L. 10. §. 3. *de acq. rer. dom. l. si servi* 21. *de usufr.* Ex re fructuarii veluti si servus, cum fructuarius eum dispensatorem fecisset, rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit, &c. Hic enim res empta,

empta, merces locationis, usuræ, pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l. 1. Cod. de rei vind. l. servus*, 43. §. *ult. de acq. rer. dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l. si operas*, 26. *de usuf.* (1) Sed quid, si dicat servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis eidem acquireret, *l. per servum* 37. §. *pen. de acqu. rer. dom. l. sed etsi* 25. *quæstionis*, 3. *de usufr.* Et facit hoc quidem ratio summi juris; cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. servit.* Cur vero tantum ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quod quæ ex istis causis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cæteræ in fructu non sunt.

Extra eas causas.) Extra superiores causas habetur, quod servus fructuarius ex re pecuniave alterius consecutus est, puta ex peculio, quod a proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, *dict. leg.* 10. §. 3. *l. servus* 43. *leg. fructuario* 47. *l. quod fructuarius* 49. *de acquir. rer. domin. l. si quis* 25. *de acquir. hæred.* De hæreditate a quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l. liber* 19. *de acquir. rer. domin.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hæreditas acquiri possit, *l. 3. Cod. de hæred. instit.* Sed obtinuit, aditionem hæreditatis non esse in opera servili, *l. aditio* 45. *de acquir. hæred. dict. leg. fructuario* 47. *de acquir. rer. domin.* & recte. Nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore, qui in aditione nullus est. VINN. Posset & eadem reddi ratio, quam reddit Ulp. docens, partum ancillæ non esse in fructu, *l. 27. prin. de hær. pet.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur, ut pariant; ita nec finis primarius est eorum, qui servos sibi comparant, ut hæreditates nobis acquirant. Usufructuarius autem capit tantum fructus ordinarios quoscumque. HEIN.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c.) Hoc etiam generaliter sic traditum est, *l. 10. l. 47. l. 49. de acquir. rer. domin. l. 25. de acquir. hæred.* (3) Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit contemplatione fructuarii, quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, *l. si servi* 12. & *l. seq. de usufr.* Eademque distinctio probata est in specie non dissimili, *leg. facta* 63. §. *si hæres* 4. *ad SC. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi: cujus in hac causa & servi fructuarii eadem ratio, *l. aditio* 46. §. *ult.* de *acquir. hæred.* Neque tam exceptio hæc est, quam interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit rem quæsitam voluit, *dict. l. aditio* 45. §. *ult. de acquir. hæred.* Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Jo. Fab. Cantiunc. *hic*. Bart. *in d. l. 25. de acq. hær.* & quotquot sunt qui scribunt, servum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse hæreditatem jussu usufructuarii adire, eamque per aditionem directo acquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hæreditas acquiratur, sed restituendam fructuario conditione sine causa, ut in casu *l. pen. de stip. serv.* Fefellit eos, quod putaverunt, prius esse, ut aditio hæreditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quam in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii adeuntem hæreditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua causa vel maxime fructuario acquiri constat, *d. l. aditio* 45. §. *ult. de acq. hær.* Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide a me possessum & mei contemplatione hæredem institutum meo jussu adire, & mihi acquirere hæreditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem plane in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: censet Jas. *in d. l. 25. de acq. hær.* Myn. Bart. *hic*. Movere autem neminem debet, quod quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu ejus, qui usumfructum in eo habet, adire hæreditatem non posse, ut *d. l. 25. in pr. & d. l. aditio* 45. §. *pen.* Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hæreditas, acquireretur extra superiores duas causas: quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & *d. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, id acquiri proprietario, nemo tamen est qui neget, admittendam hic esse illam sive exceptionem, sive interpretationem, nisi quod servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii, quod alibi certo jure traditum est. Quod vero Paulus in *l. quod fruct.* 49. *de acq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistincte soli proprietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii, aut simpliciter servo donatum est; sed eam, quam ipse in pr. istius legis proponit in fructuario donante. Plane ex generali horum definitione evidenter evincitur, errare eos qui contendunt, quod servo fructuario donatur, aut relinquitur, in dubio præsumendum donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tamquam certum tradit D. Dion Gothofred *in annot. ad Scheneid.*

T E X T U S.

5. *Idem placet & de eo, qui a vobis bona fide possidetur, sive is liber sit, sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bonæ fidei possessor, quum susceperit servum, (quia eo modo dominus fit ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest; primum quia non possidet; sed habet jus ut utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos, in quibus usumfructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, quæ bona fide vobis servit, vobis acquiritur; sed*

sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proxime exposuimus, id est, si quando possessionem ex re vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. *An bonæ fidei possessor quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere teneatur?*
2. *Verumne sit simpliciter, quod Justinianus ait, fructuarium non possidere?*

De iis, quæ bona fide possidemus, idem jus est, quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est, sive homo liber, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirit, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & a quo bona fide possidetur, *d. l. 10. §. idem placet 4. l. item 19. de acq. rer. dom.* Hactenus tamen quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit, eum, qui bona fide servit, hominem liberum, aut alienum servum esse, continuo per eum acquirere posse desinit, *l. qui bona 23. §. 1. l. qua [illegible]* Quod extra duas istas causas acquiritur, placet vel ad ipsum, qui bona fide possidetur, pertinere, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Extra eas causas maxime est hæreditas, legatum, donatio, *d. leg. [illegible]* Ceterum & in persona ejus, qui bona fide possidet, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, *l. additio 45. §. ult. de acq. hær.*

Itaque quod extra istas duas causas) Quoniam, ut supra monuimus, istud in fructu non est; ea autem sola, quæ in fructu sunt, bonæ fidei possessoris fiunt, ut & fructuarii, quæri potest in persona bonæ fidei possessoris, (in fructuarium enim hujusmodi quæstio non cadit;) (1) an quemadmodum fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur: juxta ea quæ tradita & notata sunt *§. si quis 35. sup. de rer. div.* eodem modo etiam quod pecuniæ aut rei ex operis servi partum extat apud eum, cui bona fide servit, domino servum evincenti restituendum sit. Quæstionem propono de rebus ex operis servi possessoris quæsitis: vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quæsitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessori efficiatur. At quæ possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l. quis scit. 2[illegible]. §. 1. de usufr. l. [illegible] 50. in fin. de acq. rer. dom.* Existimo tamen, etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter acquiri, [illegible] in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quæ necessario in servum fiunt, [illegible] quantum. Nec ei obstat prædicta comparatio, nam ex ea minime sequitur, eamdem earum rerum & fructuum in [illegible] rationem esse, & in *d. l. [illegible]* [illegible] cum fructibus consumptis, [illegible] possessorem certum est.

Sed bonæ fidei [illegible] usucepit) Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quæcunque ex causa per servum acquirit, quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possidentem non pertinet, quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest, &c.) Ait cum Cajo, *d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom.* usufructuarium usucapere non posse, idque duplici de causa, tum quia non possidet, tum propter malam fidem, quia scit, servum alienum esse. Horum autem vel alterutrum satis est ad impediendam usucapionem: utpote quæ nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se earum rerum, quarum usumfructum habet, dominum non esse. (2) Quin ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarium profitetur. Quod vero simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor, & possidere, *l. uti frui 5. in fin. princ. & §. ult. si usufr. pet.* & naturaliter possidere, *l. naturaliter 12. de acq. possess.* Sed hæc non sunt contraria, nam & colonus, & commodatarius, & depositarius naturaliter dicuntur possidere, l. 2. §. 1. *pro hær. l. 7. §. neque colonus 11. commun. div.* qui tamen alibi possidere absolute negantur: ullamve habere possessionem, *l. 9. de rei vind. l. non solum 33. §. 1. circ. fin. de usuc. leg. 6. §. 2. de precar. possidere 5. inf. de interd.* Nimirum nec hi, nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter, [illegible], animo dominandi, sine qua possessione non procedit usucapio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *dict. §. possidere 5. infr. de interd. l. generaliter 19. l. quod vero 18. in princip. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* Qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur, retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, desinat sibi, & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere, aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. possessio 49. de acq. poss. l. 1. C. comm. de usuc.* Verum enim vero licet fructuarius non possideat, tamen quia firmius jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, eas res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur: quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, *leg. 3. §. unde vi & de vi arm. leg. ult. uti poss.* De quo pluribus agere hoc loco non licet.

Non solum proprietas, sed etiam possessio) *L. 1. §. sed & 6. §. per eum 8. l. possessio 49. in pr. de acquir. poss.* Nimirum quia etiam possessionem pleno dominio servus acquirit ex omni causa, *§. 3. sup. eodem.* Ita vero jus est, ut quæcunque per servum quacunque ex causa acquiruntur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placet acquiri fructuario per servum fructuarium: & bona fide possessori per eos, quos bona fide possidet ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarius servum non possidet: nam nec pater filium, *dict. l. 1. §. per eum 8. de acq. poss.* Sed nec procurator a nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, *d. l. 1. §. procuratorem 20.* Hæc & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non partis conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

TEXTUS.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines quos*

neque

neque vestro juri subjectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse, excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum Divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem, aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

N O T Æ.

6. *Sed & ignorantibus)* L. 13. *de acquir. rer. dom. l.* 34. §. 1. *l.* 49. §. *ult. de acquir. poss. l.* 1. *C. eod.* Utique tamen volentibus, ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

Per possessionem etiam dominium) Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l.* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 8. *de acq. poss.*

Vel usucapionem; Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignoranti mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem a non domino tradita usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire cœpit rem traditam esse, *l.* 47. *de usuc. l.* 1. *C. de acq. poss.* Nam usucapio bonam fidem possidenti requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

COMMENTARIUS.

1. *Cur placeat, possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse?*
2. *Per eam quoque quæsitæ possessionis necessario etiam dominium nobis acquiri, aut usucapiendi conditionem: sed tunc demum, postquam scientia intervenit,* n. 3.

CONcludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sed causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subjectus est, neque bona fide a nobis possidetur: tum servum alienum, in quo neque usufructum habemus, neque justam possessionem. In summa; persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

Nihil acquiri posse) Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem, aut actionem, *l.* 1. *Cod. h. tit. l.* 11. *de oblig. & act. l.* 3. *in princ. quod vi aut clam l. quo tutela* 73. §. *ult. de reg. jur. l. si stipulatio* 35. §. *alteri* 17. *de verb. oblig.* Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut sibi quisque quod sua intersit, negotium gerat, non alteri, *d. l.* 11. *de obl. & act. d. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verb. obl.* At quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. *infr. de inutil. stipul.* VINN. At regulæ huic obstare videtur, *leg.* 15. *ff. const. pecun.* ubi particulam salutarem NON intrudere non dubitat Fr. Hotomannus *Observ. IV.* 12. Sed perperam: quum ibi exceptio a regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantum præbet. HEIN.

Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem.) Excipit possessionem, quam placet per quamlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehendit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, *d. leg.* 1. *C. hoc tit. l.* 1. *Cod. de acq. poss. l. solutum* 11. §. *pen. de pign. act. l. traditio* 20. §. *ult. l. ea quæ* 53. *de acq. rer. dom.* 1 Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit, nimirum, quia possessio acquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione; in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quam in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictumque agnoscendo, & tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l.* 1. *& l.* 8. *Cod. de acq. possess. d. leg. solutum* 11. §. *penult. de pign. act.*

Veluti per procuratorem.) Procuratorem intelligo cum Bart. in *leg. qui mihi,* 13. *de donat.* Jas. & Zas. *in leg.* 1. §. *procuratorem,* 20. *de acq. poss.* non tantum qui speciale mandatum habet; sed etiam cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cum procurator generalis & exigere possit, atque accipere, & emere, ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, §. *nihil autem,* 42. *Inst. de rerum divis. cum ibi notat.* hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Plane extra causam administrationis ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l. communis,* 2. §. 1. *de acq. poss.*

Non solum scientibus, sed & ignorantibus;) Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri multis locis apertissime scriptum est, *l. si procurator,* 13. *de acquir. rer. dom. l. si me,* 34. §. 1. *l. possessio,* 49. §. *ult. de acquir. poss. l.* 1. *Cod. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *leg. ea quæ,* 53. *de acquir. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

Et per possessionem dominium. Ut possessio nobis per procuratorem acquiritur, sic per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l. traditio,* 20. §. *ult. de acq. rer. dom. l.* 18. *Cod. de acquir. poss.* Etenim admisso eo, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, necessarium hoc consequens fuit, ut dominium quæreretur per possessionem prius quæsitam, si ea a rei domino transferendi dominii causa tradita esset. Fieri enim non potest, quin is, qui rem ex justa causa, hoc est, idonea ad transferendum dominium, traditam a domino possidere cœpit, dominus ejus rei statim efficiatur. Cum autem dicimus, possessionem & per hanc dominium per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primum procuratori, a quo deinde ad nos transeant, sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet falsum esse & alienum, quod DD. plerique hic adferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri, quam obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

Ita

Usucapionem) Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim proprium est, ut quo casu dominium statim acquiritur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur jus usucapionis, si dominus non sit. Interemisse autem hoc loco a Triboniano est in verbis inter hos casus differentia. (3 Nam si is, qui procuratori meo rem meo nomine tradidit, dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium acquiritur, *l. 13. de acq. rer. dom.* Si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l. 1. C. de acq. poss. l. si emptam, 47. de usuc. l. possessio, 40. §. ult. de acquir. possess.* Hoc ideo, quia eum, quem usucapere volumus, non sufficit possidere, nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

Aut longi temporis præscriptionem) Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus acquirendi, quæ prius fuerunt, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit, *l. un. C. de usuc. transf.* satis fuit, alterutrius tantum meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

T E X T U S.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singulæ res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis acquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc,* ***quibus modis per universitatem res vobis acquirantur.*** *Si cui ergo hæredes facti sitis, sive cujus bonorum possessionem petieritis, vel si* **quem** *adrogaveritis, vel si cujus bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, ejus res omnes ad vos transeunt. At prius de hæreditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio est. Nam vel ex testamento, vel ab intestato ad vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus, quæ ex testamento vobis obveniunt; qua in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

N O T Æ.

7. *Si quis hæredes, &c.* Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, Vid. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, *inf. tit. 10. l. 3.* adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit. 11. & 12. d. lib. 3.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Verbis*, per universitatem, ***non titulum acquirendi, sed rem quæ acquiritur, significari.***
2. *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis, solos superesse quatuor, quos Justinianus commemorat.*
3. *Quid sit hæreditas?*
4. *Quibus modis deferatur?*
5. *Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ.*

Expositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, **quam universitas** acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius, 26. §. 2. de legat. 1. leg. si umquam, 8. Cod. de rev. cat. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hæred. vend.* Sed tituli hi nihilominus natura sua singulares sunt, hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas: & ideo nec idem jus in universum acquirendi tribuunt, quod verbi causa hæreditas, idque cernitur in actionibus directis tam activis, quam passivis. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicommiss. opportunius inferiore loco) Occupat, & ita ite removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur, quod lex methodi videbatur exigere: sed parte eorum præterita, ad aliud genus intempestive transeat: nam legata & fideicommissa non minus ad prius illud genus acquisitionis pertinere, quam usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consulto tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque, qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem, & exitum flagitare omnino, ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *infr. de leg. in princip.*

Per universitatem) Hoc est, quibus universim & una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo post: ***Si duo ergo hæredes facti sitis***, *&c.* *ejus res omnes ad vos transeant*, & Cajus *lib. 2. tit. in princ. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona acquirimus hæreditate*, fac. *lex hæred. 62. de regul. jur. leg. nihil aliud, 24. de verb. signif. lex 3. §. 2. de bon. poss.* Dom. Vultejus putat, his verbis, ***per universitatem***, titulum acquisitionis significari, non res acquirendas: sed oppido quam inepte. (1) Quis enim umquam fando audivit, titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos? Multorum istam collectionem arguunt. Quæ affectio cum tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est, quod res quædam dicuntur singulæ, quædam universæ, & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hæreditatis; quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares, aut speciales, *l. 1. l. in speciali, 73. de rei vind. l. 1. ut resp. 15. Cod. de trans.* ita & titulos, qiu pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum quod acquirebatur, veluti hæreditas, quam sibi delatam acquirit hæres adeundo, *§. ult. inf. de hær. qual.*

Si cui ergo hæredes facti, &c.) Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Anton. Contius *lib. 1. dis. cap. 12.* Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, *infr. tit. de succ. sub. quæ fiebat per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claudiano.* Item in manum conventio, seu coemptio, quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manu-

nu convenisset, omnia, quæ mulieris erant, viri fiebant donis nomine, teste M. Tullio in *Topic. cap.* 4. in quem locum de ritu coemptionis, vide Boet. (2) Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci, bona damnatorum, vel eorum, qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. leg. deportatus*, 15. *de interd. & rel. leg.* 1. *& passim. de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justinian. *Nov.* 5. *cap.* 5. unde *auth. ingressi C. de sacros. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos habeat, inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum Possessoris, &c. ut onera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondere creditoribus, damnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficiant, Nicol. Burg. *ad consuet. Flandr. tract.* 13. *n.* 10. Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propositis unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

Prius de hæreditatibus) In hoc explicando pars reliqua hujus lib. i & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis interitur propter argumenti conjunctionem. (3) Hæreditas proprie nihil aliud est, quam universum illud jus, quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud nostros hæreditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum*, 208. *de verb. sign.* Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hæreditatem continet, *l. hæreditatis*, 119. *l. pecuniæ*, 178. §. 1. *eod.* Item hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hæreditas*, 50. *de hær. pet.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hæreditatem definiunt, esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil*, 24. *de verb. sign. l. hæreditas*, 62. *de reg. jur.* Proprie enim successio & succedere hæredis est, non hæreditatis: hæreditas vero illud jus, quod per successionem hæredi acquiritur, *tot. tit. de acq. hæred.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *leg.* 3. *in princ. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *supr. tit. de reb. corp. & incorp.*

Vel testamento, vel ab intestato) Acquisitio hæreditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hæreditas potest, quam cum delata est, *l. si quis*, 12. §. 2. *de acq. hær.* & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, *l. delata*, 151. *de verb. sign.* (4) Defertur autem hæreditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. & 2. *seq. de hær. petend.* unde hæredes alii testamentarii, alii legitimi; item hæreditas testamentaria, & legitima, *l. in plurimis*, 70. *de acq. hær. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hæreditatis directa: nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantum, sed etiam codicillis relinqui hæreditas potest: nec solum testamento facto, verum etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommisso restituta est hæreditas, ex Senatusconsulto Trebelliano hæredis loco habetur, de quo demum *tit. de fideic. hær.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hæreditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectus hæres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hæreditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quam hæreditas, *l.* 1. 2. 3. *de bon. poss. l. hæred.* 138. *de verb. sign.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *infr. de bon. poss.*

Quæ ex testamento obveniunt) Ordinarium fuit ante de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. *l. si tab. testam. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hæreditatis testamentariæ, quam legitimæ. Nam verbis legis duodecim tabularum, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, quamdiu hæc proferuntur, atque ex testamento adiri potest hæreditas, si ab intestato non deferatur, *l. quamdiu*, 39. *de acq. hær.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hæreditas & acquiri possit, requiritur, ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

(5) Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, quæ unquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quæ fit per susceptionem hæreditatis; bonorum enim possessores nulli, sed hæredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento, vel ab intestato defuncto succedunt, eodemque modo omnibus jure civili Batavorum hæreditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro conservatione libertatum bonorum addictio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis fit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Cæterum duæ aliæ species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptæ, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias, altera per voluntatem supremam præmorientis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiæ & VVestfrisiæ, nuptiis contractis, bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi pactis antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum hæc confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberos minores natu habens maneret in possessione, & quasi dominio communi familiæ, fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectæ ætatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate ut etiam pactionibus id cautum reperiatur, vid. Grot. *l.* 2. *manud. de jurisp. Batav. c.* 11. & 12. *seqq.*

TITULUS DECIMUS.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. Lib. 82. *Tit.* 1. *C. Lib.* 6. *Tit.* 23.
Nov. 66. 119. *cap.* 9.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justiniani.

IN calce præcedentis tituli dictum est, cum quæritur de acquirenda hæreditate, quæ dicatur testamento

mento delata, in primis inspiciendum esse, an testamentum valeat, & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis a doctrina de testamentis ordinandis, sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Cæterum cum hæc doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quæ fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum, ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter secernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quam ultima voluntas, qua quis hæredem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminæ ejus sunt species: unum commune civium Romanorum, quod paganicum appellatur: alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum, seu nuncupativum, §. ult. infr. ord. & §. 1. tit. seq. Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, l. omnium, 19. C. h. t. vel fide privata. Cum autem tota paganorum testamenta, quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus, quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est nihil eorum, quæ de iis in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere, adeoque in toto jure, cum simpliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta, ut recte fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus l. 4. h. tit. sic expressit: *Si quæramus*, inquit, *an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem, deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas juris civilis testatus sit*. Regulæ vero illæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam a Justiniano ordine tractantur, verum orditur ille a testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit.* 12. de rebus quarum insertio ad vim testamenti necessaria, *tit.* 13. & 14. Recenset hic primum materiæ causa antiquatas atque obsoletas testandi formas, deinde explicat, quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Cæterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta, quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod hic a Justiniano omissum) poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipum, & tunc neque testes, neque alia solemnitas desideratur, *l. omnia*, 19. *C. h. tit.* & ibi Glossa & DD. add. Mynsin. 6. *observ.* 29. Bocc. *decis.* 228. Christin. *vol.* 4. *decis.* 7. *num.* 4.

T E X T U S.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.

N O T Æ.

Testatio mentis) Allusio potius quam ἐτυμολογία, cujusmodi nostris sæpe obrepunt, *l.* 1. *de acq. poss. l. de nov. leg.* 2. §. 2. *de reb. cred. l.* 35. §. 1. *de mort. caus. don.* Definitionem habes apud Modest. *l.* 1. *ff. h. tit.* Ulp. tit. 20. Vide plura in Comment.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Non proponi hic veram testamenti notionem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.*
2. *Definitio testamenti, quæ Modestinum auctorem habet, examinata, & perfectiores productæ.*
3. *Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter ex jure civili.*
4. *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quam apud Romanos fuit.*

QUod *testatio mentis sit*) Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam; imitatus S. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex compositum a contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris; in jocis venustas delectat; in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in rem declarandam habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui *l.* 1. *de offic. cap.* 6. *fidem ex eo appellatam*, scribit, *quia fiat, quod dictum est*. Item illa Augustini, quod *mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire*. Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi arguta mentis oratio*. Apud nostros etiam crebro id genus occurrit. Talis est illa Pauli & Labeonis, qui possessionem appellatam scribunt a sedium positione, *leg.* 1. *in princ. de acquir. poss.* Et Ulpianus qui ait, donationem nomen accepisse a nova obligatione, *l.* 1. *de nov.* Ejusdem generis inveniuntur & in *leg.* 1. *de damn. infr. leg. senatus*, 35. §. 1. *de mort. caus. don. leg.* 2. §. 2. *de reb. cred.* Nec absimilis est illa Celsi dicentis, jus a Justitia appellatum esse, *leg.* 1. *in princip. de justit. & jur.* Hæc autem, & his similia, licet non dicantur ex vero, speciosam tamen veri arguendi vim habent, sicuti exempla & comparationes fictæ non minus arguunt, quam veræ. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gell. 6. *noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur. Valla *l.* 8. *elegant.* 50. ut dicat, eum explosam atque deritam etymologiam denuo inculcasse; dignus profecto ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum non compositum, sed simplex? Et si de vera ejus originatione quæratur, dictum esse a testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitum esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddeo, qui in *leg. nomen*, 164. *de verb. signif.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis *vestimentum*, *ornamentum*, *calceamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gœddeo credimus, vestimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod vestitio men-

mentis fit, calceamentum, quod sit calceatio mentis: an igitur & excrementum, quod sit mentis excretio? Mallem dixisset Cerberum se metuere, quam hæc tam temere atque inconsiderate effutiisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti, sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματικὸν, ὅπερ ἐστὶ τοῦ λόγου. Quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. cap.* 1. VINN. Recte omnino auctor noster: cujus observationibus id adde, quod auctores nostri hic Stoam suo more imitentur. Iis enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimæ. Cic. *de offic. lib.*1.*cap.* 6. Seneca *Epist.* 88. Vidit jam hoc Vir eximius Em. Merill. *Obs. lib.* 1.*cap.*10. & ante eum summus Cujac. *Obs. lib.* 11. *cap.* 37. Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laurent. Vallam disputant viri docti apud Clariss. Ducker. *de Latin. vet. Jurisc. pag.* 23. *seq.* & *pag.* 462. Scip. Gentil. *Prig. ad ff.* & Ægid. Menag. *Amœnit. jur. cap.* 39. HEIN.

Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum, *l.* 1. *h. t. Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* (2) Justam sententiam si accipimus solemnem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis, (utraque enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expressior tamen est illa Ulpian. *in frag.tit.*20. qui sic definit: *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. qui testamento*, 20. §. & *veteres*, 8. *hoc tit.* contestationem supremam: quoniam non est simplex voluntatis enunciatio aut demonstratio, sed testata, hoc est, declarata & exposita apud eos, qui, ut testes essent, rogati sunt hoc modo: *Hæc uti in tabulis scripta sunt, ita vos, Quirites, testor. Itaque testimonium præbitote.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus: *Testamentum est suprema contestatio in id solemniter facta, ut quem volumus post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l.* 1. §. 3. *de hær. inst.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat, quæ fiunt jure communi omnium Civ.Rom. ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, *de quibus titulo sequenti*, & quorumdam etiam paganorum, de quibus non obiter *ad* §. 4. *num.* 3. *infr. h. t.* non pertinent. (3) Quæri hoc loco solet, cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili? Dicendum est, si generaliter, simpliciter & indefinite usus testamentorum consideretur, eum esse ex jure gentium: si specialiter & definite, ex jure civili. Neque aliud Interpp. sentiunt, cum originem testamentorum ad jus gentium referunt, formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque Reipublicæ. Nemo enim, opinor, tam ineptus est, ut putet, rem ullam esse sine forma; aut simplicem & secundum jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, forma carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis, ex jure gentium est; ut non aliter liceat, quam hoc vel illo modo, ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est, licet a posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laertius in *vitis Philosop.* Ilaias Propheta annuntiat Ezechiæ regi Judæ, ut domui suæ prospiciat, quasi mox morituro, 2. *Reg.*20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid, quod nullum apud eos testamentum esset *lib. de mor. Germ. cap.* 20. Idem quoque arguit, quod miles, qui secundum jus gentium testari creditur, deportatum hæredem instituere potest, *leg.* 13. §. 2. *de testam. mil.* junct. *leg.* 17. *de pœn.* Et secundum hæc ad populum Constantinus; *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit, arbitrium*, *leg.* 1. *Codic. de sacros.Eccles.* Reperiuntur tamen, qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus, quo dominus esse desinit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit, ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, quam si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege, ut ipse, quod vivat, usum possessionemque eorum retineat. Nam ut recte docet D. Grotius *lib.* 2. *de jur. bel.* & *pac. cap.* 6.*num.*14. testamentum vi ipsa nihil aliud est, quam alienatio in mortis eventum ante eam revocabilis, retento interim jure possidendi ac fruendi. Ex eo quoque quod successio, quæ jure sanguinis ab intestato defertur, revera ex jure communi est, male colligas, alienum esse e ratione ejusdem juris, ultima voluntate de bonis suis cavere. Etenim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus, qui dominus fuit, *argument.* §. *per traditionem*, 40. *supr. de rerum divis. dict. leg.* 1. *Codic. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hæreditatem lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt, quale est illud quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, *leg.* 3. *hoc titul.* Nam si jus publicum proprie accipimus, quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita, §. *ultim. sup. de justit.* & *jur. l.* 1. §. 2. *eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *leg.* 1. *ad leg. Falc. leg. verbis*, 120. *de verbor. signif.* nec ut contractus privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, *leg. ultim. de suis & legit. hæredib.* quamquam & quæ ad jus publicum proprie pertinent, magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt. Quod pluribus exposui ad *dict.* §. *ultim.* Neque majoris momenti est, quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere, nec ex eo capere posse, *leg.* 8. §. 1. *hoc tit. leg.*1. *Cod. de hær. instit.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, *leg. sunt quidem*, 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelam, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum etsi hæc omnia ex jure gentium tamquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, pro-

propriumque sibi fecit, & a communione eorum arcet peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium, quo modo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur, sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut quamvis hic præcipue partes sunt juris civilis, & ob id etiam inter ea, quæ juris civilis sunt, testamentum numerandum; tamen numerandum inter ea, quæ mixti juris sunt, non quæ mere civilis & positivi: quoniam ex ratione juris gentium est, ut quis moriturus de bonis suis possit disponere; quo sensu etiam in Institutionibus Græcis inter exempla juris gentium refertur τὸ διαθήκας συγγράφειν, *tit. de re jur. natur. & gent. in princ.* Revise ad ea, quæ sub §. 1. *ejusdem tituli* a nobis tradita sunt. Illud plane ridiculum est, quod ex eo, quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt, testamenti factionem cum jure gentium non consentire. Nam usum quoque emptionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset, & cerebrosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare. Add. doctiss. Vigil. *ad* §. 2. *h. tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur, testamenti factionem esse juris gentium: sive per illud intelligas jus, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive quod usu & necessitate exigente homines inter se constituisse dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt testamenta, sed non omnes. Non Germani, Tacit. *de mor. Germ. cap.* 20. non Athenienses ante Solonem, Plutarc. *in Solon. pag.* 90. non Hebræi, Seld. *de success. in bon. Hebr. cap.* 24. non Indi denique, veluti Siamenses, De la Loubere *de Royame de Siam. Tom.* 1. *part.* 2. *ch.* 7. *num.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnant, alicui jus esse statuendi de rebus suis ita, ut voluntas post mortem valere incipiat, ubi jam velle desiit, & mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitius in *nova methodo Juris. p.* 56. *seq.* ad animarum immortalitatem confugit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum est. (3) Nec donationis exemplum a Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos, statim dominium transfert, quamvis sibi usum possessionemque reservet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam testamenti, de quo nobis quæstio est. Quis enim dixerit, testatorem, quoad vivit, tantum jus possidendi, & fruendi sibi reservare, quum res suas vendere, donare, quin ipsam ultimam voluntatem mutare possit? Et quis dixerit, eam alienationem esse revocabilem, qua nihil alienatur, & quæ revocari potest, antequam valere cœpit? (5) Denique nec usu & necessitate exigente testamenta inventa sunt, quum nulla necessitas fingi possit, quæ homines adegerit ad testandum, quum jam leges extent de successione, immo hæc testamenti factio sæpe incommodis oneret rempublicam. Vide Herr. *Elementor. Politic. Part. II. section.* 11. §. 53. HEIN.

(a) Adiicio, *in transitu* multis visum, e Republica admodum esse, nimiam testandi & legandi libertatem præcidere; præsertim in Optimatum statu, & hactenus ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *l.* 5. *de rep. cap.* 2. auctor est, solis Atheniensibus tempore fuisse infinitam legandi licentiam, eamque Decemviros a Solone acceptam in duodecim tabulas retulisse, & populo Romano proposuisse his verbis, *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *leg. verbis legis*, 120. *de verb. signif.* Cæterum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Svecos, aliosque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obtinere in Geldria, & Diœcesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos sunt bona feudalia, quæ testamento dare, aut legare non licet sine indulgentia Ordinum hujus Provinciæ. At impetrata de his testandi licentia, potest vassallus feudum cui velit testamento relinquere, modo is cui relinquitur ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permissu ejus, qui proximus feudi dominus est sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris vassallo tribuit, quam semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directo, sive fideicommissum non aliter competit, quam si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, Grotius 2. *man. cap.* 42. & *ib.* Groen. *in not. not. feud.* §. 24. Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel duntaxat.

T E X T U S.

De antiquis modis testandi civilibus.

1. *Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse; quorum altero in pace & otio utebantur, quod calatis comitiis appellabant: altero, cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est, imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende, civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo, qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero per æs & libram fiebat, licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desiit.*

N O T Æ.

Calatis comitiis) Calato seu convocato per lictorem curiatum populo, testamentorum confirmandorum caussa: curiata enim hæc erant comitia, non centuriata, aut tributa. Gell. *l.* 15. *cap.* 27. Gruch. *in præf. lib. de comit.* In Glossis, *calata comitia*, ἀρχαιρέσια διὰ τοῦ ἤτοι γράμμα. Vide infra in Comment.

Per emancipationem) Emancipare & mancipare proprie est ære & libra vendere, & in dominium alicui tradere. Horat. *Epist.* 2. *leg.* 2. *v.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est.* Per translationem prædicatur de qualibet alienatione & subjectione. Plaut. *Bacch.* & *Curcul.* Cicer. *Phil.* 2. & *Cat. Maj.*

Imaginariam venditionem) Imaginaria dicitur, quia pretium non interveniebat; sed νόμῳ χάριν sestertius nummus, vid. Cujac. 10. *obs.* 37.

Quinque testibus) Aderant præter libripendem testes quinque, cives Romani puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. Vid. Ulp. *tit.* 19. §. 2. & *tit.* 20. §. 1. & 8. & Boet. *in Topic.* ubi ex Cajo etiam formulam mancipationis refert, add. Salm. *de usur. cap.* 8.

Fa-

Familiæ emptor) Sveton. *Neron. cap.* 4. *Familiæ emptor*, id est, hæreditatis: qui initio erat ipse hæres futurus, §. 10. *infra eodem*, postea autem alius ab herede, manceps fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theophilus quod Plutarcho *lib.* 2. *de serv. n. vind.* absurdum videtur.

In desuetudinem) Causam te docebit Theophilus.

COMMENTARIUS.

1. *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2. De *testamento, quod veteribus* endo procinctu.
3. *De testamento per æs & libram.*
4. *Quando superiora genera testamentorum in usu esse desierint.*

QUO ratio juris de forma & modo faciendorum testamentorum postea constitui facilius & perfectius intelligatur, necessarium putavit Justinianus, a primordio rem totam repetere. Et sunt sane multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta, quæ sine veteris notitia perfecte intelligi non possunt: idque non tantum in re hic proposita; sed etiam in pletisque aliis Juris Justinianæi partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib.* 6. *de benef. cap.* 1. *Etiam quod discere supervacuum est, prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cum in prælium procincti educerentur: accessisse autem postea & tertium genus, quod per æs & libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam Aulum Gellium, qui *lib.* 15. *noct. Attic. cap.* 27. sic scribit: *Tria genera testamentorum fuisse accipimus; unum, quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum, quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur; tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. *in fragm. tit.* 20.

Quod calatis comitiis appellabant) Tribonianus non satisfacit studiosis antiquitatis, dum hoc genus indicat, non exponit. Sed & interpretes paucis de eo agunt, nec explent desiderium hominis curiosi. Quomobrem ne quid antiqui moris ignoretur, videndum est, quænam ista comitia, quæ Justinianus, Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. (1) Patet ex scriptis veterum, maxime Ciceronis, Livii & Dionysii Halicarnassei, tria fuisse eaque diversa comitiorum genera; curiata, centuriata & tributa: quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primum a Romulo institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tulli VI. Romanorum Regis omnia, quæ suffragiis populi a Regibus committebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex eo intelligi potest, quod necdum centuriæ, nec tribus erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores reperimus, a populo eos creatos: & leges omnes, quæ ad illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judicium Horatii a populo curiatis comitiis peractum est. At post classes a Servio rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata, & centuriata; atque illis duobus tantum usus est populus usque ad judicium Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo primum instituta sunt tributa comitia: & curiata minus ex eo tempore frequentari cœperunt. Curiata comitia dicebantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat, hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id jussum populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra pomœrium, idque in foro, adeoque in comitio. Centuriata erant, quibus populus per classium centurias divisus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur, centuriatim, & quod plures centuriæ jussissent: id jus ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus ei destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta, cum populus tributum sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diversa fuisse a curiatis, argumentum est, quod tribus a curiis semper diversæ fuerunt: quodque intra aut extra pomœrium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi comitia solis Magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum: & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam Tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quam curiata; nam fallitur Dom. Wesembecius, dum existimat, magistratus coegisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ; ad creandos magistratus aut confirmandos, ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa; nec tamen unæ omnium, nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius, & Carol. Sigonius, qui de comitiis Roman. scripserunt ex professo. Cum igitur præter ea, quæ diximus, nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mento fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuere autem centuriata: alioquin sequeretur, nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis, ad quorum primum centuriata comitia instituta sunt. Multo minus putandum est, hæc comitia tributa fuisse; quippe quorum usus nullus fuit ante judicium Coriolani. Relinquitur ergo, ut curiata fuerint, quæ sola primis temporibus, cum in concione testamenta fiebant, in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscure indicat loco superius citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam, quæ vetuit ædes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecrationes a Pontificibus factas curiatis comitiis docet Gruch. *lib. de comit. Rom. cap.* 2. Igitur quod in concione calatis comitiis testamenta olim fieri solita dicuntur, calatis comitiis, hoc est, convocato testamentorum confirmandorum causa populo, non centuriatim sive per centurias classium (ut D. Vigilius existimat) neque per tribus, sed per curias, idque a collegio pontificum. Ex eo autem quod veteribus frequens usus erat verbi *calo*, quod Græcum est, unde nomina *calenda*, *curia*, *calabræ*, *classis*, &c. Macrob. 1. *Satur.* 15. existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cum id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur, reten-

retentum esse, idque religionis & antiquitatis caussa. Gellius tamen, *lib.* 15. *cap.* 27. refert in Libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum habebantur, aut regis, aut flaminum inaugurandorum caussa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. At credibile est, ideo pontifices testamentorum faciendorum præsides, quia sacra, quæ ad eos pertinebant, una cum hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Vigilius, quæ precibus Principi oblatis inferuntur, juxta *leg. omnium*, 19. *Cod. h. tit.* Nam Princeps post legem regiam quodammodo universum populum repræsentat. Sed & testamentum, quod in acta magistratus municipumve refertur, ejus, quod calatis comitiis fiebat, quadantenus locum subit, quia & ipsum publica fide fit, & quasi testis civitatis, *d. leg. omnium*. VINN. Quæ hic Vinnius perspicue refert, ea maximam partem recte se habent, & plenius exponuntur a Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum caussa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratuumque creandorum caussa, immo & ob alia negotia publica, bellum, pacem, judicia, &c. Testamenta autem, nihil aliud tum erant quam leges, rogatæ a magistratu, & curiarum suffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare*, quod quum teste [illegible] *Noct.* 22. *cap.* 2. legis modo relinquere. Ulpian. *fragment. tit.* 24. §. 1. Deinde nec id (2) admittendum videtur, quod testamenta principi oblata, vel in acta magistratus municipum relata in testamentorum, quæ calatis comitiis fiebant, locum successisse existimat: quum complura [illegible] obsolevissent comitia calata, testamentaque in [illegible], quam hæc testamenta principi, vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

(2) *Quod procinctum dicebatur*) Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, procinctum appellatum esse ait, pro quo malim *in procinctu*: nam testamentum inermis procinctum dixeris; licet Theophilus quoque [illegible] legat, ut verisimile sit, ita Tribonianum [illegible]. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent; sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam: eo quod togis incincti olim pugnabant, quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc procinctus, pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus [illegible]*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructi a [illegible], *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloss. Lat. Græco *endo procinctu*, [illegible]. Lucilius Balbus apud Cicer. 2. *de natur. deor. cap.* 3. *Itaque maximæ Reipublicæ partes in his bella, quibus Reipublicæ salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctum testamenta perierunt*. Et *lib.* 1. *de Orat. c.* 53. apud eundem [illegible]. *Qui duos filios suos parvos tutelæ populi [illegible] commendasset, ac se, tam quam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem [illegible] dixisset [illegible] orbitati*. Itaque [illegible] Festus, Gellius, [illegible] *lib.* 1. *cap.* 9. Plutarchus in *Coriolan. p.* 193. [illegible] explicat. Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inituris [illegible] sumpturis [illegible], *præcingere togam*, simul-que [illegible], testamenta sine scripto facere, & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare. VINN. Immo in textu Plutarchi est [illegible], qui conficiunt septem. Forte [illegible] pro [illegible] ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Jo. Strauch. *Lex. partic. in voce*. Et HEIN.

(3) *Quod dicebatur per æs & libram*) Ἀπαίσιον: ut scribit Theophilus, hoc est, *inauspicatum* veteribus visum fuit, sano & valente corpore testamentum facere velle, extra quam si præsens periculum foret, veluti si in hostem pugnandum esset aut comitia testamentis faciendis ex professo haberentur: quod his tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio, nec fœminæ, quibus nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *l.* 5. *c.* 19. ulla ratione testari possent; excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quovis loco ac tempore & fœminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per emancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et, sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse, eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut pendo, adpendo, expendo nominaque ab his derivata: & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cic. *in Topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferebantur, eas emeret a domino ære & libra, appenso ei [illegible], dicis caussa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium: cum alioqui bonitarium duntaxat transiret. Quo accommodandum illud [illegible] *lib.* 11. *Epist.* 3. *c.* 158. *Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est*. Aderant præter libripendum quinque testes, cives Romani, puberes, certisque verbis hi actus peragebantur, vide Ulp. *tit.* 1. §. 11. & *tit.* 19. §. 3. & Boet. *in Topic. Cic. lib.* 3. apud quem etiam exstat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit, æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse, ajo, isque mihi emptus est hoc ære, æneaque libra. Deinde ære percutit libram, idque æs ei dat, a quo mancipium accipit, quasi pretii loco*. Ita recte eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni major, Clariss. Salmas. *lib. de usur. cap.* 8. Traductum hoc postea & ad translationem universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris [illegible] emeret, quo post mortem ejus hoc tamquam [illegible] titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solennitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. VINN. Immo vero [illegible] paulo altius repetenda, cur Romani testamenta [illegible] per æs & libram. Leges exstabant de [illegible] ab intestato. Leges privata cujusque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* sed alia lege opus erat, qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis, per modum legis. Postquam autem leges duodecim tabularum cui vis

vis concessissent libertatem testandi, lege notissima: *Paterfamilias uti legassit super pecuniæ tutelave suæ rei, ita jus esto*. opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant, testatorem hæreditatem, tanquam rem mancipi vendere, addita secreta lege: *Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor*. Facem hic prætulit Vir. Illust. Corn. van. Bynkersk. *Obs. l.* 2. *c.* 2. HEIN.

Quod per emancipationem) Ita quoque Theophilus, Aul. Gellius, *lib.* 15. *cap.* 27. *per familiæ emancipationem*: Nec video, cur potius legendam *mancipationem*: quod vult D. Bachovius. Etenim Veteres non minus verbo *emancipare*, quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero *de Senect. cap.* 5. ***Ita senectus honesta est, si nemini emancipata est.*** Plaut. *in Bach. act.* 1. *Sc.* 1. *v.* 60. *Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum*. Horat. *epod.* 9. *v.* 12.

Romanus (eheu posteri negabitis)
Emancipatus feminæ
Fert vallum & arma miles.

id est. δουλεύων τῇ γυναικί. Tranquillinus in *Othone cap.* 3. *Cuidam cum vicino de parte finium litiganti albitrius arbiter totum agrum vendidit, emancipavitque*. Plinius *lib.* 7. *epistola* 18. *Agrum ex meis longe pluris exactori publico emancipavi*. Cicero 2. *Philipp. cap.* 21. ***Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit***: quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem) Duabus de causis venditionem hunc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicis tantum causa nummus unus appenderetur testatori: deinde quia familiæ emptor, in quem tanquam in hæredem ea bona per emancipationem transferebantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora, nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. *sed neque* 10. *inf. eodem*. Progressu autem temporis, cum, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat, experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in hæredem legitimis successoribus præbere; receptum est, ut palam quidem solemnitatis adimplendæ causa familiæ emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est: *De sera numinis vindicta*, de Romanis loquens, sic scribit ὅταν διαθήκας γράφωσι, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ τὰς οὐσίας, ὃ δοκεῖ παράλογον. Transferantur huc verba Ulp. ex tit. 20. §. 8. *In testamento*, inquit *quod fit per æs & libram, duæ res aguntur, familiæ emancipatio, & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum. Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit*: (4) *Hæc uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium præbitote*, quæ nuncupatio & testatio vocantur.

Priora duo genera in desuetudinem abierunt) Recepto usu testamenti per æs & libram, priora illa duo minus frequentari cœperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in procinctu, sicut ipse testatur *lib.* 2. *natur. Deor. cap.* 3. sed nec testamenta calatis comitiis arbitror diu postea mansisse. quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *dict. leg.* 15. *c.* 27. sic scribit. *In eodem comitio, quæ calata appellari diximus, 3* ***sacrorum detestatio & testamenta fieri solebant***. Utitur Labeo vero tempore præterito, ut intelligamus, olim ista fieri solita, suo autem tempore quo ista calatorum comitiorum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in procinctu, calatis comitiis, per æs & libram, colligit, ætate Labeonis, atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse; nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu; quod falsum esse constat ex dicto loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse: testis Ulpianus, *in fragm. dict. tit.* 30. §. 1. VINN. Immo latis Tabulis duodecim desiisse testamenta in comitiis calatis fieri, verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi suffragiis, quam libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publice & palam hæredem nuncupare, quam jure uti legibus duodecim Tab. concesso? HEIN.

Quod vero per æs & libram, &c.) Priora illa duo testamentorum genera jamdiu exoleverant, cum per æs & libram adhuc frequentarentur. Ulpianus dict. loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis; nam secundum formam a Prætore introductam, & juris mixti; eo tempore testamenta quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *l. pen. h. t. cum simil.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *Patrius & hoc in usu esse debuit*. An hoc ideo dicit, quia familiæ emptor postea alius esse cœpit ab hærede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per æs & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse: solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti, sive solemnem voluntatis contestationem, & quodammodo numerum testium, usque ad sua tempora mansisse, sicut apparet ex mixta testandi forma, qua posteritas uti cœpit, §. 3. *infra eodem*, quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ a quibusdam afferunt, ideo testamenta per æs, & libram desiisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret, nec idem jam olim hæres, qui familiæ emptor; & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus desuetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familiæ, alium hæredem esse placuit: quamquam & ipse fallitur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

T E X T U S.

De antiqua testandi ratione Prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus*

civile referebantur. Postea vero ex edicto Prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant: cum jure civili signa testium non essent necessaria.

COMMENTARIUS.

1. *Nimiæ curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque testes adhib., confutatis plerorumque rationibus.*

AD *jus civile referebantur*) Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus, quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt *l. 7. de just. & jur.* Sine ulla autem ratione est, quod Dom. Hotomannus cum prætorio jure hic comparari existimat id tantum jus, quod auctoritate prudentum, a quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis duodecim Tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod a consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege duodecim Tabularum descendunt. Plane imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta, ad alienationem bonorum omnium, per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa) Testandi ratio jure prætorio introducta, simplicior est atque expeditior, quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem, quippe cum Prætor nihil aliud desideret ad vim testamenti, quam ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen Prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. Ulpian. *tit. pen.* §. 5. Ait, *septem testium signa*. In eo quod jure civili fiebat per æs & libram, non plures testes necessarii, quam quinque, qui numerus legitimus erat in omni emancipatione. Sed Prætor, utut solemnitatem juris civilis contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ surrogavit. Simile huic est, quod apud Cajum 1. *Inst. tit. 6.* §. 3. legimus: *In emancipatione liberorum, cum antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.* (1) Nimiæ autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus quinarii numeri ductam a numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus contestandos singulos testes e singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur: perinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dion. Halicarn. scribit, non quinque, sed sex classes a Servio Rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura doctiss. virorum nulla probabili ratione niti videtur. Nam si per quinque istos testes populum repræsentari veteres intellexissent, numerum istum non auxisset in suo testamento Prætor. Deinde voluntas populi non ex numero classium, sed centuriarum censebatur: nec quod plures classes, sed quod plures centuriæ jussissent, id ratum habebatur, unde si vel 1. classis centuriæ (quæ reliquam multitudinem tribus centuriis superabat) convenissent, secundæ aut inferiorum classium non vocabantur. Quapropter, si Bachovii rationem sequatur, potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore parte centuriarum celebratus videretur, civis maximi census, 1. classem; hoc est, nonaginta & octo centurias repræsentans, vid. D. Halic. *lib.* 4. Nec Festo classici testes, quos dictos ait, qui testamentis signandis adhibebantur, sunt testes ex singulis classibus collecti, sed cives Romani: eo quod cives omnes in classe aliqua censebantur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicos testes Festum intellexisse homines 1. classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat, si viri honesti essent & integræ famæ: quamquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classicos dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines, unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ, assidui, non proletarii scriptores; vid. Gell. *l. 7. cap. 11. & l. 19. c. 8.* Sunt, qui ideo, quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat, Temæ. Fab. *disp. anniv.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur. Nusquam enim invenias, populum unquam in quinque tribus divisum fuisse, quod quidem Faber etiam fatetur; sed existimat a Romulo tres tribus factas, easque duplicatas a Tarquinio Prisco: itaque vice populi sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac munus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus a Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modo equitum centuriæ ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maxime suis viribus deesse, postea auxit. Et eodem auctore, primum factæ tribus quatuor a Servio Tullio partibus urbis distinctæ; quod & Dionys. Halic. *lib.* 4. confirmat, quo loco etiam refert, Fabium scriptum reliquisse, agrum præterea, universum in viginti & sex partes divisum fuisse: quas tribus rusticas si cum urbanis conjungas, fient tribus triginta. Subjicit, Venonium memoriæ prodidisse, triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eumdem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus. *Cum una & viginti tribus Romæ essent, quæ missæ sunt in suffragium, novem habuisse Martium: a quibus absolutus est.* Proinde longe majorem numerum testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta. VINN. Non sane absurdum est, quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius, quam ut Quiritium arbitrio gereretur. Quirites tempore duodecim Tabul. erant descripti in sex classes. Sed sexta classis ex proletariis & capite censis constabat. Quum vero proletarii testes nullius auctoritatis haberentur, iisque oppo-

opponerentur testis *classici*, probabile est, ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam, qui totidem Quiritium classes repraesentarent. Id addo, mancipationis ritum esse duodecim Tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tamquam jam noti & recepti. Putarim a Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse, docet Dion. Hal. *l.* 5. *p.* 278. unde & praecipuus sanctor legum dicitur a Tacito, *lib.* 3. *Annal. cap.* 26. HEIN.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria) In testamento, quod fiebat per aes & libram. In eo enim duae tantum res necessariae erant, familiae mancipatio, & nuncupatio testamenti, sive voluntatis testibus exhibitae solemnis contestatio, Ulp. *tit.* 20. §. 8. Quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest, postquam coepit alius haeres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alia familia palam mancipari: nisi forte ad ea legata referas, quae ad familiae mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellent, & familiae emptori sive haeredi dicere *solitum*: *Huic volo dari fundum: illi domum: alii centum numismata*.

T E X T U S.

De conjunctione juris Civilis & Praetorii.

3. *Sed cum paulatim, tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam jus civile & Praetorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod jus civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis, & subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, & ex edicto Praetoris, signacula testamentis imponerentur: ita ut hoc jus tripartitum esse videatur: & testes quidem, eorumque praesentia, uno contextu, testamenti celebrandi gratia a jure civili descendunt: subscriptiones autem testatoris & testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur: signacula autem & testium numerus ex edicto Praetoris.*

N O T AE.

3. *Septem testibus adhibitis*) Specialiter rogatis, aut certioratis se ad testamentum adhiberi, *d. l.* 21. §. *pen.* *Ex Nov. Leon.* 41. quinque sufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Graeci *ad l.* 5. *ff. si tab. test.* Ham. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 47. Basil. 35. *tit.* 1. & 3. & *l.* 45. ἤδη συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης πέντε μάρτυρας ἰδεῖν ...

Quodammodo) Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris, & familiae emptoris a Praetore substituti. VINN. Immo in vicem ponderatoris vel libripendis & antestati. Vid. Caj. *Instit. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. HEIN.

Subscriptiones testatoris, &c.) Ita constitutum a Th. *l.* 21. *Codice eodem*, additumque, si testator litteras ignoret, vel suscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria, ut alterutro omisso, testamentum vitietur, *l.* 22. §. 4. *ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per aes & libram, neque vim testamenti praetorii enervatam.*
2. *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non cum quod obscurius dictum est, postea testator explanat.*
3. *Subscriptiones testium jam tempore mediae jurisprudentiae in usum fuisse.*
4. *Leg. Cornelia testamentaria edictum Praetorio de obsignandis tabulis confirmatum.*
5. *In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris.*
6. *Testes rogatos adesse oportere: necnon alia quaedam scripto testamento cum nuncupativo communia.*
7. *Quid sit, uno contextu actus testari: & cum contractus in testamento aut inter testandum celebrari queant?*
8. *An non obstante solemnitate alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientiae?*

(1) TAM *ex usu hominum, quam ex constitutionum emendatione*) Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum Praetorium, usu hominum jus civile cum Praetorio hac in parte coaluisse, atque inde mixtum extitisse testamenti genus ex utroque illo jure collectum, quod & constitutionibus postea probatum sit; addito, ut testatos & testes omnes subscriberent; ut adeo forma conficiendi per scripturam testamenti, qua posterior aetas uti coepit, quamquam Justinianus hic describit, ex triplici Jure conflata sit: ex jure civili antiquo, ex novo constitutionum Principalium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per aes & libram, Ulp. *tit.* 27. §. 8. neque praetorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. *non tamen.* 6. *inf. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore) Haec subtilitas ex jure civili est, *l. qui test.* 80. §. & *veteres* 8. *l. haeredes palam* 21. §. *ult.* *h. t. l. cum antiquitas* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent & uno contextu absolvi, *l. continuus* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de dub. reis*. Ait autem *quod jus civile quodammodo exigebat*. *Quodammodo*, id est, *jure*. Additum, quia ait, *septem testibus adhibitis*. Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliquo duo pro libripende & familiae emptore a Praetore substituti; & ideo paulo post jure civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium praesentiam; numerum testium juri Praetorio. (2) Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, sive cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quaestio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemnia testator explanat; veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titius amicos haberet, postea declinaverit, de quo senserit, *d. l. haeredes palam* 21. §. 1. *h. t.* Leo quinque testes sufficere voluit, *Nov. Leon.* 41. quod receptum in Oriente, *Graec. lib.* 45. *Basil. tit.* 1.

Subscriptione testium) Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum a Theodosio *l. hac consultissima* 21. *C. eod.* additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Caeterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *leg. cum antiquitas*, 28. §. 1. *C. eod.* (3) Quo tempore, aut a quo primum Principe testium subscriptio introducta sit, incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo aetate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *leg. ad testium* 22. §. 4. *l. pen hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse, a Lampridio proditum est.

Ex edicto Prætoris signacula) Obsignationem testium esse edicto Prætoris indicat, *leg. si testamentum* 23. *eod.* §. *non tamen* 6. *inst. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. *tit.* 23. §. *i septem*. (4) Quamobrem quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum e lege, legem intelligens Corneliam testamentariam recte Dom. Wesembecius sic accepit, Syllam, quod jam ante ex edicto erat, lege sua comprehendisse, non ut edictum tollere, atque ex lege a se lata in posterum signa adhibendi vellet, sed potius ut auctoritatem edicti confirmaret. Obsignatio autem argumento certissimo est, scripturam jure Prætorio necessariam fuisse, ut obsignationis illius subjectam cum jure civili, quod nec subscriptionem, nec obsignationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit. Quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cœpit, postquam hæres emptor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium* 22. §. *si quis* 4. *hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabellio, qui non utramque adhibendam curavit, *l. Jubemus* 29. *in fin. Cod. eod.*

Et testes quidem & eorum præsentia) Quod testium præsentiam requirit, non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium, qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. (5) Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & animo sint, intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere, si vel sensu quis percipiat, cui rei adhibitus sit. Enim vero durare testes debent, donec suprema contestatio peragatur: invitos tamen retinere non licet: & si renti sint, testamentum non subsistit, *l. quis testamento* 20. §. *an pen. & seqq. eodem* (6) Ad hæc rogati adesse debent, aut saltem si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari, sed ad testamentum adhiberi, *l. hæc.* 21. §. *pen cod.* 21. *C. eodem* Neque hæc solemnitas, cum sit extrinseca, præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infrascriptis*: sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cætera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. op. verb. testes tam in testamento*. Farinac. 2. *lib. de test. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *n.* 53. Grad. §. *testamentum. qu.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. vol. tit.* 11. Hoc amplius & in conspectu testatoris, testimonii officio fungi necesse est, *l.* 8. *C. eodem*. Quapropter non est satis ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse, si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortina interjecto conspectum adimente, licet vocem ejus audiant: sed necesse est, ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat alio forte subornato, qui vocem testatoris imitando simulet; ut ille, de quo Cynus testatur in *dict. leg.* 9. qui obrepserat mulieri simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo *in d. l.* 9. *n.* 2. ubi tradit, Glossam *in leg.* 2. §. *item Labeo* 3. *de aq. pluv. arc.* contra sententiam communiter reprobari, add. Clar. §. *testamentum qu.* 5. 9. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 5. Grass. *d.* §. *testamentum qu.* 59. *n.* 4.

(7.) *Uno contextu*) Μιᾷ ἡ, ἀδιαλείπτως, uno eodemque die ac tempore, *l. hac. consultissima* 21. *Cod. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *leg. hæredes palam* 21. §. *ultim. hoc tit. dict. leg.* 21. *Cod. eod.* nisi forte talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus, *leg. cum antiquitas* 28. *C. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis e testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere, & testamentum scribere, vel dictare, ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere, & scriptionem sæpius interrumpere, alios vero testes ad solemnia adhibere possit, non ambigitur, *d. l.* 21. *C. h. t.* Cum igitur nudo actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur, vitieturque testamentum; hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quæstione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus & alienus a testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator, cum jam cœpisset ordinare testamentum, & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat, Quod si ita quæstio formetur, ut quæratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cum contractus, qua talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stante & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *l.* 1. §. 3. *de assign. libert.* §. *ult. inst. eod. tit.* Siquidem assignatio liberti, licet proprie neque legatum sit, neque fideicommissum, *l.* 7. *d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l. non est mirum* 26. *de pign. act.* duorum reorum, *l.* 9. *de duobus reis*, ususfructus, §. 1. *sup. de usufr.* servitutum, §. *ult. sup. de serv. præd.* testamenti constitutio, contractus non est. Neque enim cum hæc testator constituit, cum alio non contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit: sed ut cætera, quæ testamento caventur, legantur, aut relinquuntur, revocari possunt. (8) Gravissima hic moveri solet quæstio, an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solemnitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subsignaverint sive subscripserint, non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat D. Scoto *lib.* 4. *de just. & jur. q.* 5. Clar. 3. *sent. qu.* 90. Cov. *in c. cum esset. n de test.* Ajunt Ludov. Molin. *de just. & jur. tr.* 2. *disp.* 81. Mantic. *lib.* 2. *de conj. ult. tit.* 14. Vasq. *de suc. cess. creat.* §. 1. *n.* 23. *& seqq. & de success. progress.* §. 3. *nu.* 3. Diod. Tuld. *C. de test. n.* 8. Christ. *vol.* 4. *dec.* 34. quibus assentior. Nam cum in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, *c.* 1. *dist.* 1. sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subsit aliqua obligatio. Qualis autem ea sit, civilis, ex qua etiam agi possit: an naturalis, quæ ad petendum in foro externo inefficax, nihil interest. At in quæstione proposita, si hæredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non

subes-

subesse naturalis obligatio, fac. *lex* 2. *C. de fideic. leg. tum amplius* 84. §. 1. *de R J. l. leg.* 5. §. *si quis* 15. *de don.int.vir. & uxor.* §. *ult. inst. de fideic. hær. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiamsi jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, *l.* 2. *ep.* 16. *l.* 4. *ep.* 10. *l.* 5. *ep.* 7. Eoque pertinet & illud Senecæ; *Angusta innocentia est, secundum leges* (intellige *civiles*) *bonum esse*. Nimirum lex conscientiæ, quæ eadem & naturæ, legibus civilibus non mutatur, sed una & apud omnes eadem est & semper fuit, utpote cordibus omnium hominum divinitus inscripta. Hæc lex cum in corde loquatur & dictet, voluntatem defuncti quamvis irritam, si juris solemnitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat, quod lex civilis, quæ solemnitates introduxit, justa est, & ad communem Reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur. Nam in quæstione nostra præsupponimus, testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare; quod solum in foro conscientiæ consideratur. Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solemnitatis alicujus jure civili invalido. Maut. *& alii sup.* Grot. *lib.* 3. *de jur. belli & pac. cap.* 7. *num.* 6.

TEXTUS.

Solemnitas addita a Justiniano.

4. *Sed his omnibus a nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.*

NOTÆ.

4. *Nomen hæredis exprimatur*) *l.* 29. *C. eod.* quod tamen abrogatum, *Nov.* 119. *c.* 9. ut jam summa solemnitas iterum ad ea redeat, quæ comprehensa §. *præc.* In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solemnitate aliquid remissum, *l.* 8. *l.* 21. §. *pen. l. ult. Cod. eod.* & tota fere in testamentis parentum inter liberos, *d. l.* 21. §. 1. *& auth. quod sine C. eod. Nov.* 167.

COMMENTARIUS.

1. *Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti, tollere etiam id, quo hoc testamentum maxime differt a nuncupativo.*
2. *Quibus in testamentis paganorum, & quatenus solemnitates remissæ?*
3. *Jure Canonum ut ratum sit testamentum, satis esse, duos testes cum Parocho adhiberi, quod mores hodierni fere sequuntur.*

A *Nostra constitutione*) Extat in *l. jubemus* 29. *C. h. tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter cæteras solemnitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si litterarum imperitus sit, aut propter morbi acerbitatem scribere nequeat. (1) Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine, ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen hæredis celare posset: & tabulas chartasve, in quibus scriptus esset, clausas vel involutas testibus signandas & subscribendas proponere: unde huic testamento nomen mystici. Tollitque adeo id, quo scriptum testamentum maxime differt a nuncupativo, cujus proprium est, ut præsentibus testibus nomen hæredis nuncupetur, §. *ult. inf. eod. leg. hæredes* 21. *per eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod *& hic, & in dict. l. jubemus* de suo Justinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit *Nov.* 119. *cap.* 9. ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. *præc.* & apertius paulo constitutione Theodosii, *l. hac consultissima* 21. *C. eod.* (2) Ex hac tamen solemnitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, *dict. leg.* 21. §. 1. *Cod. h. t.* & nuncupata quidem parentis voluntas omnino rata est, dum ea constet, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias, & res, quas inter liberos distributas velit, expresserit; idque clare & plenis litteris, non notis aut signis, debetque parens aut ipse hæc scribere, aut saltem manu sua scribere. *Nov.* 107. *unde auth. quod sine Cod. eod. & ibi DD.* Clar. §. *testamentum quæst.* 8. Mynf. 7. *observ.* 28. Gail. 2. *observ.* 112. Christin. *volum.* 4. *decis.* 7. *&* 8. Grot. 2. *manuduct.* 16. Decker. *disert.* 2. *libr.* 2. Div. Jacob. Coren. *rer. jud. observ.* 39. plenissime Gudelin. lib. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. add. *nostra lib.* 2. *sel. qu. cap.* 17. *& seq.* 2. In testamentis rusticorum, quibus permissum quinque testes adhibere, si plures non reperiantur, remissæ item subscriptiones si litterati desint, *leg. ultim. Cod. eod.* 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Mynf. 1. *observ.* 96. Gail. 2. *obser.* 118. Peck. 3. *de testam. conjug.* 18. Præf. Evehard. *Cons.* 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret, Clar. §. *testamentum quæst.* 56. *num.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 6. *num.* 5. At jure nostro nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctosque eodem tempore subscribere & signare, *leg.* 8. *Cod. h. t.* quamquam contrarium passim usu receptum, teste Sand. *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 4. *& ibi citat.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. cap.* 17. sed vid. Groenevv. *de leg. abrog. ad dict. leg.* 8. In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habetur, *cap. relatum* 11. *x. h.* t. Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento, posteriorem hanc valere voluntatem, non tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *dict. leg.* 21. §. *penultim. & ib.* In universum autem jure Canonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. tum esset* 10. *x. eod.* (3) Neque enim potest hic canon restringi ad testamenta ad pias causas, quod quidam faciunt propter *dict. cap. relatum eod.* Nam in *dict. cap. cum esses*, Alexander III. id in omni testamento generaliter constituit, nominatim im-

probatam constitutione juris civilis de septem testibus adhibendis, ut nimis longe recedente ab eo, quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum*. Et licet nonnulli existiment, causam nullam fuisse, cur Pontifex, id quod bene, ut aiunt, ad fraudes hominum avertendas, *leg. ultim. Cod. de fideicommiss.* jure civili constitutum fuit, mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus fere probavit: qui & alias ægre patitur nimis se longe abduci a simplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis, quibus testamenta signantur.

5. *Possunt autem omnes testes uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.*

COMMENTARIUS.

1. *Etsi tutius est alieno annulo signantem in subscriptione id profiteri; tamen & eo omisso testamentum sufficere.*
2. *Quod hic de usu annuli alieni traditur, non pertinere ad personas publicas, quæ ex officio sigilla instrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo dumtaxat testamento signare liceat, an & alio instrumento characterem habente?*

CUM testes omnes testamentum solemne, quod per scripturam ordinatur, signare oporteat, quæsitum est, an necesse sit, singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an vero & uno possint omnes & eo quoque alieno? Et placuit, posse omnes signare & uno annulo, qui scilicet unius ex testibus sit, & item alieno, qui nullius sit eorum, sed vel testatoris, vel alterius cujuscumque, *l. ad testium* 22. §. 2. *eod. leg.* 12. *Cod. eod.* (1) Quod quamquam interpretes valgo ex Durandi sententia sic temperant, ut existiment, debere eum, qui non suo, sed alieno annulo signat, id in subscriptione profiteri, ne in crimen falsi incidat; tamen ego Jo: Fabro & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur, assentior, confitentibus quidem tutius esse, si mentio ejus rei in subscriptione fiat, cæterum, & eo omisso, testamentum nihilominus subsistere putant propter simplicitatem & generalem definitionem juris civilis hoc loco supra *dd. leg.* traditam. Pœnam vero non mereri, quod fit lege permittente, *leg. Gracchus* 4. *Cod. de adult. ver.* Sed & jus prætorium; quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare a jure civili. Igitur etsi facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cum id in subscriptione annotatum est, cum tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisque testis ex constitutionibus subscribere debet, qui & cujus testamentum signaverit, *l. pen. h. t.* non putaverim, vitiari testamentum signatum annulo alieno, ob id, quod signator non adjecerit, annulo alieno se signasse. Unde tamen minime efficitur, quod docuit Bart. in *l.* 2. *test. quem adm. aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas, testamentum concidere. Nam cum inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solemnitatem, sed ad probationem dumtaxat voluntatis, cur si ea aliunde probari queat, non sustineatur defuncti judicium? Et quid si unus e testibus mutus, surdus, excus aut furiosus factus fuerit? vid. D. Vigil. *ad* §. *sed cum* 7. *h. t.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. (2) Porro quod hic de usu annuli alieni in signando traditur, trahendum non est ad personas publicas, quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa Notarios. Nam ab his præcise requiritur, ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio unius cum altero comparatione cognosci possint, *Nov.* 73. *cap.* 6. Testium autem in testamento non sigilla, sed obsignationem lex requirit, ut cum opus est, signum recognoscentes, sed id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, Prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l.* 4. *l.* 7. *testam. quem aper.*

Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint) Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posset, ut septem annuli, quantumvis singuli singulorum sint, eamdem habeant figuram, ἕνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα. Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest vero id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cum nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec amplius nomen in circumferentia annuli signatorii poni soleat.

Sed & alieno annulo) Qui scilicet nullius e testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit, non satis recte colligitur, alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse: dici enim potest, idcirco id fieri, quia frequentius annulis veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum fuisse, obtinuisseque, ut tantum annulo signare liceret, constat ex *l. ad testium* 22. §. *signum* 5. *h. t.* (3) quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *lib.* 4. *observ.* 11. refert: alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notior sit character* annuli, qui in digitis gestari solet. Sed ista ratio nullius pretii; nam alieno annulo signare licet. Et quid si idem sit character instrumenti & annuli; tunc enim nullo modo dignosci poterit, utrum annulo, an alio instrumento signatum sit. Et puto, Jurisconsultum in *d. leg.* 22. §. 5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quam sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum, quod eamdem sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum, diversum a charactere annuli: cujusmodi forte instrumentis veteres usi ad alia, quam litteras aut tabulas obsignandas. Id quod etiam verba Jurisconsulti indicant: *varie enim*, inquit, *homines signant*. Quod omnino accipiendum est de varietate characteris, non de materia aut forma instrumenti signatorii geometrica. Etenim qui in signando eodem semper charactere utitur, licet diversis instrumentis, quibus insculptus est, non varie signat, sed uniformiter. Et quæso, si idem character est, quid interest, utrum instrumentum rotundum, an triangulum, aut quadratum sit? aut quomodo id dignosci poterit? ac proinde etiam absurdum non est, si annulo signasse dicatur, qui signavit instrumento, quod characterem annuli insculptum habet. Quamobrem prope est, ut assentiar Baroni, Hotom. Wes. ad *hunc* §. & Donello. 6. *comm.* 8. qui locum Ulpiani in *dict. l.* 22. §. 5. legendum putant, interposita negatione, *& magis est, ut non tantum annulo*. Quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habet χαρακτῆρα*, quodammodo postulat: Et ita quoque Bartholus legisse videtur argum. summarii *dict.* §. 6. & Jo. de Platea, qui istum §. citat ad probandum, quod

quod scribit, non annulo tantum, sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attal. *synops.* t. 31. ἐπὶ δακτυλίῳ, ἢ τοῖς βουλομένοις. Atque ita & doctiss. Salm. *l. de mod. usur. cap.* 10. *pag.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano, 9. *com.* 2. Ulp. intelligere de testibus, qui plura signa habent, unum in annulo, alterum & diversum in re alia impressum: ut hi potius annulo signa e debeant, quam alio ullo instrumento quia id signum, quod in annulo est, magis cujusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat; signa eorum non requirantur, sed solius sigillum Notarii. Jac Ver Wey *art. test. cap.* 9. De more & modo signandi apud veteres usitato adi D. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11. VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam salutarem non intrudendam existimes *in l.* 11. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* Nec enim codice addicunt, nec verba: *dum tamen habeat* χαρακτῆρα id flagitant, lantur enim & annuli, qui non habent χαρακτῆρα Quod autem annulos abscisse exigerent veteres, ejus rationem eadem lex videtur reddere. *Varie enim homines signant*, inquit Ulp. Alio typo utebatur domi in signandis cellis pecuniariis, lagenis, cujus usus etiam patebat matribus familias; alio utebatur paterfamilias in obsignandis litteris & instrumentis, cumque fere annullo insculptum circumferebat. Loca veterum non adscribo. Adi Lisp. ad Tac. *Ann. II.* 2. & adde Suet. *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, sed alterius usus, veluti, quo domini ad signandas cellas utebantur. HEIN.

T E X T U S.

Qui testes esse possunt?

6. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.

N O T Æ.

6. *Neque mulier*) Hoc ex eo, quod in omni mancipatione testes tantum masculi admissi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares significantur. add. Schol. Har. *lib.* 1. *tit.* 6. §. 92.

Neque impubes) Livius apud Prisc. *lib.* 8. *Impubes libripens esse non potest, neque antestari*, id est, *neque testis fieri*, passive. Active autem *antestari*, est testam facere, μαρτύρεσθαι. *v.* Salm. *ad jus Attic. pag.* 811.

Neque prodigus) Is, cui bonis interdictum est, *l.* 11. *pr. ff. eod.* Bene Græci, ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι, οὔτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ. 35. Basil. tit. 5.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Communem testium habilitatis notam esse, si sit iis testamenti factio, & quid hoc sit?*
2 *Cur a testimoniis testamentaris arceantur mulieres,*
3. *Cur non admittatur surdus, cum adhiberi possit, qui sermonem testatoris non intelligat?*
4 *Utrum cæcus adhiberi possit?*
5. *Qui dicantur intestabiles: & an hi quoque testamenti factionem passivam habeant?*

NON satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cujusque inspici, & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum testationis non tam firmetur numero testium, quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de test.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

Cum quibus testamenti factio est.) Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. (1) Et proprie item loquitur Imperator, cum dicit, *cum quibus testamenti factio est*, qui non testamenti factionem habent: siquidem testamenti actio activæ significationis est, ut proprie dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 6. *in fin. l. is cui* 18. *leg. l. filiusf.* 19. *h. tit. l.* 1. §. *exigis* 8. *de bon. poss. sec tab. l.* 4. *C. de apost.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *inf. de hær. inst.* §. *legari* 25. *inf. de leg. l. non minus* 31. *l. si alienum* 49. §. 1. *hær. inst. l.* 7. *pro leg.* quam eos habere testamenti factionem. Quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in *leg. filiusfamil.* 26. *hoc tit. leg. ultim. pro hær.* §. *in extraneis* 4. *inf. de hær. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi, qui tantum capere ex testamento possunt. Unde factum, ut docendi gratia Interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam. VINN. Sed si exempla convenire debent regulæ; dicendum est, cum iis fuisse testamenti factionem, qui olim in comitiis adesse, & suffragium ferre de aliorum testamentis poterant. Cum iis enim etiam postea erat testamenti factio per æs & libram, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur testes esse non potuerint mulieres, impuberes, servi, furiosi, quum tamen hæredes institui possint. HEIN.

Sed neque mulier, neque impubes, &c.) Enumeratio personarum, quæ varias ob causas testamento testes esse prohibentur, & quidam simpliciter in testamento cujusvis. (1) Cur mulier hic testis non admittatur cum alias jus dicendi testimonii habeat, *l. qui testamento* 20. §. *mulier.* 6. *hoc tit. l. ex eo* 18. *de test.* non una ratio reddi potest. 1. Quia cum certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat postea inquirere: talis autem non est mulier. 2. Quia sexus muliebris non satis sagax creditur ad odorandas fraudes, quæ in subornandis testamentis strui solent. 3. Quia hic numerus testium non tantum requiritur ad probationem actus, sed etiam ad constitutionem; leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenopulum, *l.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις, μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀπαιτεῖνονται. Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt, ut negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς; id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur duntaxat probationis causa. 4. Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus, aut fortuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi possunt, accire fœminas, per *Nov. de testibus* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor ut credam, ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto, quod solemnis illa testandi ratio per familiæ mancipationem; unde qualitas testium, masculos tantum testes admisisse videtur, ut

ut reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fiebant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecundiæ sexus minime conveniens putaverunt, fœminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus nostris consentaneum videtur. Groenev. *de leg. abrog. hic*, & §. *ultim. inf. de codicill.* Cypr. *cens. Belg.* Impubes testis non admittitur, propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipiunt, *leg.* 2. §. *leg.* 5. *leg. mortis* 19. §. 1. *de testam.* In causa autem testamenti hoc speciale esse existimatur, quod nec pubes factus testimonium pro testamento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit, cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pubertatem de his, quæ impubes vidit: utique si testetur de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit, cum jam esset pubertati proximus. Joann. Fab. Vig. *hic* Old. part. 4. *de test. num.* 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *dict. leg. qui testam.* 20. §. *servus* 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l. sunt quidam* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæterum si remissionem habet, poterit eo tempore adhiberi, *dict. l. qui testamento* 20. §. *ne furiosus* 4. Mutus pro testamento, quid actum sit, eloqui non potest. (3) Surdus quid dicatur sensu non percipit: immo nec moneri potest, quid testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem & mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogandi: per *l.* 1. *testamenta quem aper.* nec testimoniis, sed testibus credendum, *leg.* 3. §. 2. *de testib.* Hinc etiam intelligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere: lingua enim percipere nihil necesse est, *dict. leg. qui testamento* 20. §. *penult.* utique cum testamentum per scripturam fit. Nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur. (4) De cæco nihil traditum. Sed non posse eum adhiberi, recte censet Wesemb. & Bach. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l.* 9. *Cod. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *l.* 4. & 7. *testam. quem aper. fac. l.* 1. §. 5. *vers. casum de postul.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua furiosi, habentur, *l.* 1. *d. curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l. furiosi* 40. *de regul. jur.* Congruit *l. is cui leg.* 13. *in princ. h. tit.*

(5) *Improbos intestabilesque*) Intestabilis dicitur, qui nec testamentum condere licet, nec testimonium alteri dicere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur, ut quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, *l. is cui* 18. §. 1. *l. cum leg.* 26. *hoc tit.* Ex Senatusconsulto intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est, *dict. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. *si quis* 9. *de injur.* Ex constitutionibus, apostatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *Cod. de hæret. & Manich. l. hæreticus* 44. *Cod. Theod. de his qui sup. rel.* Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens, si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius *l.* 15. *cap.* 13. *Qui se sierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Ita locum obscurum & depravatum antea restituit Marcellus, *cap.* 5. *l. duob. tab.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is, qui testabilis dicitur, nec hæres institui potuerit, ut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat, testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento, quam ab intestato, *d. l.* 3. *C. de apost.* De aliis expresse cautum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen quod Cajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jubetur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l. cum leg.* 26. *hoc tit.* sequi omnino videtur, ut nec hæres institui possit. Neque enim arbitror defendi posse, testatori dumtaxat, non etiam hæredi, de cujus solius commodo agitur testimonium perhiberi. Facit huc *l. imperialis* 23. §. 3. *C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetratione principalis rescripti, & condere testamentum, & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes hæredes institui posse constat, una exceptione a regula eximunt, qua & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De servo, qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem servus apparuit, tam D. Hadrianus Catoni, quam postea D. Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat, factum esset: quum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret.*

NOTÆ.

7. *Testamenti faciendi tempore*) Hoc tempore inspicietur testium conditio, non tempore mortis testatoris, *l.* 22. §. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

Omnium consensu) Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribus fungebatur, ut publice liber a plerisque haberetur, arg. *leg.* 3. *pr. de SC. Mac.* fac. *lex* 1. *Cod. hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari non nocere, si quid eis postea contigerit.*
2. *Idem observari in habilitate putativa.*
3. *Confutatur eorum error, qui putant, testamentum corruere, si quis e testibus ante apertas tabulas moriatur, aut inhabilis fiat.*

NON tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria dumtaxat: adeo ut si vel in uno e testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit

sit (1) Enimvero conditionem testium inspici placuit: cum testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse: *leg. ad testium* 22. §.1. *& ib.* Cujac. *hoc tit.* Quid ergo si quis adhibitus sit, qui quidem adhiberi prohibetur, sed qui communi opinione pro tali testamenti tempore habebatur, qui adhiberi potest, puta si servus adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint, ac si omnibus suis numeris, ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere; non enim error, sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam Divus Hadrianus Catoni(quidam Codices habent Catonio, *Theophilus* Catonio Vero) *quam Divi Severus & Antoninus*) Rescriptum Severi & Antonini non extat. Hadriani est in *l.1.cap. hoc tit.* unde tamen non satis expeditum, quid juris esse debeat, si quis consignationis quidem tempore pro libero habitus sit, postea autem ante apertas tabulas in servitutem revocatus status controversiam passus fuerit. Nam Hadrianus sua constitutione hoc tantum significat, si quis testis pro libero habitus sit tempore testamenti, cui usque ad tempus aperiendarum tabularum nemo status controversiam moverit, testamento non obesse debere, quod nunc hæc quæstio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Hadriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat, de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sane Jurisconsultus simpliciter ait, testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit, non nocere, *dict. l. ad testium 22.§. 1. hoc tit.* (2) Hoc autem non tantum pertinet ad habilitatem veram, sed etiam ad putativam: quippe quæ eandem vim ex Principum liberalitate habeat. Atque utut nihil præter hunc locum haberemus, is solum apertissime ostendit, satis esse, liberum quem existimari tempore faciendi testamenti: nec ex eo, quod postea esse apparuit, testamentum vitiari. At dicat aliquis, cum signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud Prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, *l. 4. & seqq. test. qu. aper.* an non ex eo necessario sequitur, testamentum corruere, si quis e testibus, qui, cum conderetur testamentum, pro libero adhibitus fuit, nunc, cum aperiendum est, servus appareat? *arg. l. 11. Cod. de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. (3) Non magis, inquam, quam si quis ex testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. Nam, ut recte D. Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solemnitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc, cum testes adhuc viverent, aut tales essent, qui testimonium perhibere signis inspectis & recognitis possent; testibus autem mortuis, aut inhabilibus ante id tempus factis, non idcirco statim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maxime accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet: potestque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius hac de re disputat D. Viglius contra veteres juris interpretes, qui putavit vel uno teste ante aperturam tabularum mortuo, vel inhabili facto testamentum protinus irritum fieri: ostenditque, ex ea persuasione factum, ut vetus testandi forma pene abolita sit, cœperintque curare homines, ut de testamentis instrumenta publica per Notarios fierent: quod olim fuit incognitum. At usitatum erat testamenta publicari, hoc est, actis insinuari, vel referri in acta publica; quod hæredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercedisset, proximi ab intestato negotium iis facesserent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. leg. 2. & leg. testamenta 19. Cod. hoc titul. & ibi* D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est; puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur: mulier virili habitu virum simulans; prodigus, qui tempore conditi testamenti pro sano a plerisque habebatur. Idem enim favor, eademque benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt. Joseph. Ludov. *comm. opin. 69. in 4. fallent.*

Omnium consensu) Donel. in *l. 1. Cod. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi nesciant servum esse, aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Neque magis verba *omnium consensu*, ad testes solos restringi possunt, quam illa, quæ mox sequuntur, *nec quisquam esset, qui status ei quæstionem moveret*, quæ itidem expressa sunt rescripto Hadriani (4) Omnium igitur consensu sic potius accipiemus consensu omnium, qui in civitate sunt, opinione totius populi, aut certe majoris partis, quia publice liber a plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, *arg. l. 3. in pr. de SC. Maced. l. 3. §. 2. test.* Quam ob causam Joann. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter e testibus sciverit conditionem illius: & tacuerit. Putatque hoc amplius locum esse huic constitutioni, etiamsi plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. dict. leg. 1. Cod. hoc tit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores quam duo habiles sint & idonei. Latius hic exspatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his, qui se pro scribis aut notariis gerunt, cum non sint, sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta, valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat, utrum alicubi publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per *l. 3. de offic. proc.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurritur. Vid. Sich. *ad dict. l. 1. Cod. hoc tit. sub fin.* Jason. *ad dict. l. 3.* qui de eo disputat accuratissime.

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utrique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

NOTÆ.

8. *Pater, nec non is, &c.*) Ex *l. pater 17. ff. de testib.* ratio est in textu: add. *l. 22. pr. hoc tit.* Ulpian. *titul.* 20. §. 5.

COMMENTARIUS.

HIC locus sumptus est ex *l. pater 17. de testib.* add. *leg. ad testium 22. pr. hoc tit.* Ulpian. tit. 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere, atque in unam eamdemque meditatam sententiam conspirare possunt, *& fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio, nimirum tale nihil hic metuendum, ubi plures ex una domo testes adhibentur negotio alieno, unde nihil ipsi commodi sperent. Suspicionibus enim non usque adeo indulgendum esse, ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de test.* testes idoneos non esse, quibus imperari potest, ut testes fint, recte Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis, eosque pro se producentis. Ne quis putet, jus potestatis & filio imperandi obstare, quominus pater simul & filius in alieno negotio testes esse possint. Neque ambigendum est, quin filiusfamilias etiam patre invito testimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate testimonium denuntietur, cujusmodi in causis jura patris interquiescunt, *arg. l. 9. de his qui sui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejusdem patris potestate sunt, in alienis negotiis, (non enim in testamento duntaxat hoc obtinet, *d. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

TEXTUS.

De his qui sunt in familia testatoris.

9. *In testibus autem debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater ejus recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

NOTÆ.

9. *Post missionem, &c. nec pater ejus, &c.*) Aliud tamen placuisse videtur Ulp. & Marcello, *l. 20. h. tit.* ut bene animadvertit Hotom.

In potestate ejusdem patris, Frater scilicet testatoris consanguineus, non emancipatus.

Domesticum testimonium) Id est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & una cum eo [illegible] juris persona. Nam ut recte Græci, οἰκειακὴ μαρτυρία, οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ὑπεξουσιότητος λαμβάνεται. Non ex cognatione, sed ex coadunatione, quæ per patriam potestatem contigit. Eadem scil. ratione, qua sui hæredes domestici; §. 2. *inst. de hær. qual.* in judiciis autem testes omnes domestici intelliguntur, qui de domo accusati producuntur, *l. 3. Cod. de test. l. 24. ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo quæstio formanda in filio teste in testamento patris?*
2. *Quid obstet, quominus qui in potestate testatoris est, testis in ejus testamento esse possit? Et quid de filio emancipato? &c.*
3. *Cur in testamento filiif. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte testis adhibetur?*
4. *Dissentire Justinianum in proposita specie ab Ulpiano & Marcello.*
5. *Domesticum testimonium hoc loco æstimari ex unione personarum, quæ per potestatem contingit; etsi in aliis causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum.*

HActenus de personis, quarum ea est inhabilitas, ut nullius in testamento testes adhiberi possunt; sunt etiam quædam quæ cum per se habiles sint, & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam, quæ eas κατά τι inhabiles facit. Causa hujus inhabilitatis duplex: conjunctio testis & testatoris per potestatem: item negotium testamenti ad eum, qui testis adhibetur, pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

Qui in potestate testatoris est.) Igitur nec filius testatoris, nec nepos ejus ex filio, qui in potestate sit; nec is, quem testator ab hostibus redemerit, *leg. qui testamento 20. in fin. pr. & §. 1. hoc tit.* (1) Sed enim cum constet, filium, qui in potestate sit, aut hæredem instituendum esse, aut nominatim exhæredandum, silentio eo præterito testamentum ipso jure non consistere, absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus, esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non poterit, quia hæres, §. *sequent.* Fingamus, exhæredatum, & nihil videtur obstare, quominus recte testis sit, qui sua se manu exhæredem scribere potest, salvo testamento, *l. non putavit 8. §. si quis 6. de bon. possess. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam nemo perniciem ingeniosus sit. Quod si dicas, durum videri, ut filius palam testis adhibeatur exhæredationis & ingratitudinis suæ, quid si testamentum, quo exhæredatus est, clausum proponatur, in quo quid scriptum sit a testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quæstio formanda est, ut jam illud objici non possit. Quid est igitur, quod hic obstet, quominus filius testis sit? (2) Nihil aliud, quam jus potestatis, quod fictionem quamdam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in potestate habetur. §. *si quis 4. inf. de inut. stip. l. ult. Cod. de impub. & al. subst.* Quo fit, ut si alteri alter testimonium dicat, sibi quodammodo dicere videatur, quod subtilitas juris non patitur, ut post Viglium hic notant plerique recentiores, & est textus eo pertinens in §. *seq. in fin.* Addunt nonnulli, huc etiam referendum, quod

geno-

generaliter placuit, idoneos testes non videri, quibus imperari potest, ut testes fiant, *l. 6. de testib.* Ego vero arbitror, definitionem istam valere tantum in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit, hic quoque quæri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate*. Igitur a contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, & pater vicissim in testamento illius: neque enim credendum est, verba illa frustra hic & in *d. l. 20.* expressa esse. Præterea cessat in emancipato ratio prohibitionis, vinculum scilicet unitatis, quod per emancipationem solvitur. Et vel magis igitur poterit quis testis esse in testamento matris & avi materni. Non obstat, quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt, invicem testes esse prohibentur, *l. 9. de testib. l. 6. Cod. eod.* Nam ista prohibitio pertinet tantum ad illa testimonia, ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio, cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus recte adhibetur) Filiusf. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi peculio *inf. tit. 12.* ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. (3) Sic autem hoc loco distinguitur, si filiusfamil. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater recte testis adhibeatur; si post missionem, non æque. Cæterum quod ad priorem casum, amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi: ut in illo demum casu pater recte adhibeatur propter libertimam, quæ militibus data est, in castris testandi facultatem; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem *argum. prior. & §. 3. tit. seq.* & verba illa, *post missionem*, non ideo hic adjecta esse, quia ante missionem filius testamentum faciens semper patrem adhibere possit; sed quia post missionem numquam. Sed hic nobis occurritur exemplo emancipati, ad cujus tabulas patrem posse testem adhiberi diximus non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quærimus, nec filiusfamil. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfamil. fungitur, *l. 2. de SC. Maced.* Huic objectioni ita fere responderi solet, multum interesse, utrum quis revera & sine exceptione sit paterf. & patri suo extraneus, & qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patref. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος, & domesticus patri suo: qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *sup. quib. mod. jur. pat. pot. sol.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofamil. de iis rebus disponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrifam. comparetur, Cæterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quo retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciose disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *leg. qui testam. 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit.* Et Marcellus *lib. 10. Digestorum* scribit, *posse; & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri Interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filiusfamil. de peculio castrensi testatur jure militari privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit, Ulpian. eo loco miscuisse quæstionem, quæ ad militaria testamenta pertineret, quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est, aut fieri oportuit. 2. Quia Ulp. hanc quæstionem proponit oppositive ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti plane inepta foret. Negaverat in *§. ejusdem l. 23.* filium, qui in potestate est, testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit: & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minime præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis, ut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistincte proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest; at potest non solum miles in castris agens jure militari, sed etiam extra castra jure communi; potest eodem jure & veteranus seu militia missus. 4. De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juste potest: quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum est, *quomodo velint; quomodo poterunt*, *l. 1. de testam. milit.* facile hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filii admittant; immo ne testem quidem desiderent, ubi de militis voluntate constet: de quo amplius, *§. 1. seq. tit.* Et fortasse motus fuit Marcellus ea, quam dixi, ratione: quia placuit, filiumfam. in peculio castrensi pro patrefam. haberi, quasi ob id etiam diversam a parte personam in causa istius peculii sustinere debeat; id enim receptum est, cum de acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habeat.

(5) *Ea in re domesticum testimonium*) Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat, in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto, quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est, licet in testamentis de lucro, aut commodo ejus, qui testes adhibet, non agatur, ut fit in causis forensibus: ac proinde hic verendum non sit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic invicem jus dicendi testimonii habeant: nihilominus tamen domesticum in hac causa testimonium prohibitum esse, hoc est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius, & fictione juris eadem cum altero persona, unde cum alteri testimonium præstat, sibi quodammodo præstare videatur. Hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter cognationem, aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam, hic ipse locus satis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus,

[illegible Greek] inquit, [illegible Greek] : eademque fere ratione Juſtinianus, *inſt. de hær. qual.* §. 2. ſuos hæredes appellatos eſſe ait, quia domeſtici hæredes ſunt, quibus opponit extraneos, id eſt, omnes, qui in poteſtate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus teſtimonii non alia cauſa ſit, quam unio illa perſonarum, quæ per poteſtatem contingit, ſequitur, inter eos, qui ita uniti non ſunt, teſtimonia teſtamentaria licita eſſe, quamvis alioqui ſumma ſit inter eos conjunctio aut charitas. Itaque & patrem recte teſtem adhiberi in teſtamento filii emancipati, avum in teſtamento nepotis ex filia, & contra, item virum in teſtamento uxoris, multoque magis patronum in teſtamento liberti, & patremfamil. in teſtamento mercenarii, & viceverſa libertos & mercenarios in teſtamentis illorum: ac proinde errare Interpretes, & inter hos Anton. Matth. qui teſtimonia teſtamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei teſtes. *l. 6. de teſt. 6. C. eodem*, ſuſpecti omnes, quibus quovis modo imperari poteſt, *l. 6. eodem*, qualis eſt etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii, qui domi famulantur. In his enim cauſis domeſtica teſtimonia interpretantur teſtimonia perſonarum domeſticarum, hoc eſt, eorum omnium, qui de domo heri, qui in eos imperium habet, producuntur, *l. penult. de teſtib. fac. l. 11. §. ſuta domeſtica 1. de pœn. l. antep. §. pen. C. de his qui ad Eccl. conf.* Diſcriminis ratio jam ante a me indicata hæc eſt, quod in cæteris cauſis agitur de commodo pecuniario ejus, cui teſtimonium dicitur, ut merito in his teſtes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obſequio veritatem celaturos, ſuſpicio eſt: in teſtamento autem non de commodo teſtatoris, ſed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic teſtimonium teſtes perhibeant.

TEXTUS.

De hærede, & his, qui ſunt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres ſcriptus, neque is, qui in ejus poteſtate eſt, neque pater ejus, qui eum habet in poteſtate, neque fratres, qui in ejuſdem patris poteſtate ſunt, teſtes adhiberi poſſunt; quia hoc totum negotium quod agitur teſtamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter teſtatorem & hæredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & veteres quidem familiæ emptorem & eos, qui per poteſtatem conjuncti fuerant, a teſtamentariis teſtimoniis repellebant: hæredi autem, & iis, qui per poteſtatem ei conjuncti fuerant, concedebant teſtimonia teſtamentis præſtare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minime abuti eos debere ſuadebant: tamen nos eamdem obſervationem corrigentes, & quod ab illis ſuaſum eſt, in legis neceſſitatem transferentes, ad imitationem priſtini familiæ emptoris, merito hæredi, qui imaginem vetuſtiſſimi familiæ emptoris obtinet: neque aliis perſonis, quæ ei (ut dictum eſt) conjunctæ ſunt, licentiam concedimus ſibi quodammodo teſtimonia præſtare: ideoque nec ejuſmodi veteres conſtitutiones noſtro Codici inſeri permiſimus.*

NOTÆ.

10. *Creditur hodie*) Sublata videlicet familiæ mancipatione, expende, quod ait, *totum*, ut hac ratione teſtimonium recipiatur legatarii & fideicommiſſarii. Cujac.

Hæredi autem) Non tantum clam ſcripto, ſed palam etiam nuncupato.

Priſtini familiæ emptoris) Cujus teſtimonium ideo receptum non fuiſſe certum eſt, quia negotium teſtamenti palam & aperte cum eo ipſo ut vero hærede agebatur,

COMMENTARIUS.

1. *Cur veteres fiduciarium familiæ emptorem teſtimonio removerint, hæredem admiſerint.*
2. *An ad teſtamentum recte adhibeatur pater hæredis, cujus in poteſtate non eſt, filiusve hæredis emancipati? &c.*

CAuſa privata altera, quæ teſtem inhabilem facit, eſt negotium teſtamenti, quod cum teſte agitur. Negotium teſtamenti dicitur id, cujus præcipue cauſa teſtamentum ordinatur, nimirum inſtitutio hæredis ſive univerſi juris ſucceſſoris. Nemo igitur teſtis adhiberi poteſt in eo teſtamento, in quo hæres ſcriptus eſt; quod ideo placuit, quia in teſtamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is ſolus ſit juris ſucceſſor. Hærede autem ſummoto conſequens fuit, ut una removeretur qui in poteſtate ejus eſt, pater quoque, qui eum habet in poteſtate, & denique frater, qui cum eo in ejuſdem patris poteſtate eſt, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. præc.

Veteres familiæ emptorem repellebant, hæredi autem concedebant) Certum eſt, olim, cum primum forma teſtandi per æs & libram inventa eſt, neque hæredem, neque eos, qui per poteſtatem ei conjuncti erant, ad teſtimonium in teſtamento præſtandum admiſſos fuiſſe; quippe cum negotium teſtamenti palam & aperte cum ipſo hærede ageretur. Nam, ut oſtendimus in explicatione §. 1. *hujus titul.* initio ipſe hæres futurus emebat familiam a teſtatore, iiſque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tamquam juſto titulo bona poſt mortem teſtatoris pleno jure Quiritium conſequeretur. Procedente autem tempore, ob cauſas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, inſtitutumque, ut ſolemnitas implendæ cauſa familiæ quidem emptor palam adhiberetur, ſed alius ab hærede & fiduciarius, qui hæredi forte clam in tabulis ſcripto familiam remanciparet. (1) Quo recepto, cœpit familiæ emptor a dicendo in teſtamento teſtimonio ſummoveri, & hæres admitti; quaſi negotium teſtamenti jam non tam cum hærede quam cum familiæ emptore gereretur, & abſurdum ſit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginarie, teſtis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etſi hæres ſcriptum ſe non ignorabat. Cicero *in orat. pro Milon cap. 18. Cyri teſtamentum palam obſignavi cum Clodio; & illum hæredem & me ſcripſerat.* Cæterum ab eo jure poſtea iterum receſſum fuiſſe, arguit *l. qui teſt. 20. pr. h. tit.* niſi locus ille a Triboniano interpolatus ſit, aut de alio genere teſtamenti intelligendus, quam quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg. §. 2. tit. 20.* Juſt. Ulpian. VINN. Immo, quum temporibus Ulpiani teſtamenta rarius facta videantur per æs & libram, faciliore teſtandi ratione a Prætore inventa: non opus eſt, ut interpolatam a Triboniano exiſtimemus *d. l. 20. princ. ff. qui teſt. fac. poſſ.* Commode enim accipi poteſt de teſtamentis tum frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minime hoc jure abuti eos debere ſuadebant) Etſi teſti-

testimonium hæredis apud veteres improbari esse cœpit, cum alius familiam emeret; existimabant tamen, minus verecundem hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concesso uteretur: quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusaret, atque a testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi quis hæres institutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam Imperium, *arg. l. 15. Cod. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum serio, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulate agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata; *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicue ostendit; ut adeo non admodum necesse fuerit, suasionem istam veterum in legis necessitatem a Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse politetur.

Neque aliis personis, **quæ ei**, *ut dictum est*, *conjunctæ* Scilicet per potestatem, quod antea expressit: ea enim sola conjunctio efficit, ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. (2) Ex contrario igitur etiam hic recte colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab hærede personæ; non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint, nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sibi conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod, ut dictum §. *præc.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum *l. 4. test. quam aper.* Sed etsi sciatur, qui hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius, aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem). Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis, in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest, quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Vig. inclinat.

T E X T U S.

De legatariis & fideicommissarii, & his qui sunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis ei conjunctis testimonium non denegamus; immo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

N O T Æ.

11. *Quia non sunt juris successores*) Non juris universi, sed rerum singularum, *l. 9. §. 1. ff. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur; sed universi successores, id est, hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi forte per consequentiam, quod placet hic non attendi, confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *dict. l. 24. Symmach. lib. 13. epist. 55.*

Nostra constitutione) Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l. 22. Cod. hoc tit.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse vetitos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*
2 *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis, jus testimonii non denegetur, exposita.*
3 *Afferuntur complures aliæ, & certiores.*
4 *Disputationem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere contra singulari opinione Anton. Fabri.*
5 *Fideicommissarios universale huc non pertinere.*

LEgatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testam. 20. in pr. hoc tit. fac. l. si quis 14. de reb. l. discernimus 22. Cod. hoc tit.* Quo admisso jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dion. Gothof. in *d. l. discernimus 22.* scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex SC. Liboniano: Hotomannus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævolam ejus inducendi auctorem: atque existimat uterque, hoc ipsum esse, quod Plin. *lib. 2. epist. ult.* ut improbissimum genus falsi notat. Sed quis Gothof. docuit, tale quid cautum fuisse SC. Liboniano? Aut quis Hotomannum, fuisse Scævolam contrarii juris primum auctorem? Non, si Scævola hoc jus comprobavit, ut testantur Arcadius & Honorius, *l. 3. Cod. Theodos. de testam.* protinus sequitur, eum esse illius juris primum auctorem. Quis vero credat, si verum est, quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis Senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat, si quis testimonium dicat in testamento, ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis, quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulum nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur, & legatum extorquea. quem eumdem Regulum intelligit Juvenalis *satyr. 1. v. 67.*

Signator falso, qui se lætum atque beatum
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes recte adhibitos, aut testibus legatum recte da-

dandi. Quin etiam diu ante tempora Justiniani hoc jus obtinuisse liquet ex *d.l. de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2 *Quia non sunt juris successores.* Ratio a posteriori, ut videtur: unde intelligamus, non ut cum hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri, ac proinde non eodem modo hos ut illum a testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. *præced.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est; quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, qui successor juris non est, ille removetur ab illius negotii tamquam suæ rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis tamquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d.l.14. de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorum testimonio confirmari non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto; ne sint legatarii ejus successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineat: & hactenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi, quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea peculiariter interest testamentum confirmari, ne relictum concidat *l. cum quam 14. Cod. de fideic.* Hoc ipsum vero satis causa est ad arcendos a testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonium ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde, quod nemini concessum est, *l. nullus 10. de test. ff. & C. eod. l. omnibus 10.* in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt, siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum, aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertinet, *l. 1. §. in propria 11. quand. appell. DD. in d.l. omnibus 10. & l. seq. C. de test.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres repellendus sit, quam legatarius; tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est; nec dubitandum, quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit; quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita inveniatur. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni tali suspicione tuetur; neque tam ob testimonium legatarii, quam ob reliquorum, ad quos ea res non pertinet, legatum sustinetur. Secunda est, quod in proposito legatarii res sit cum hærede, qui cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbe facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerint. Nam sive tempus facti testamenti, sive aperti consideretur; testes de voluntate testatoris duntaxat & suo facto deponunt: postea vero cum legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est; qui non potest non improbe fidem derogare testimonio eorum, quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quam quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d.l.14. de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib. 10. ep. 55. Quit*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet; cum extrema conducuntur? Jam quid mirum est, si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari?* Porro ita disputat, ut si his legibus viveremus, ut tenuis honor, quo subscriptores ob amicitiam defunctos adspergit, legitimum posse abolere judicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam objectione Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *leg. Pamphilo, 39. §.1.de leg. 3.* Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse, verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant Duar. *ad tit. qui testam. fac.* & Anton. Fab. *decis. 66. art. 1. & seq.* (4) Equidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, Jo. Fib. Aretin. Imol. Vigl. Zipæ. *not. jur.Belg. de testamen.* ut ut Groenevv. *de leg. abrog.* hic subsistat sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recta tam de legato, quam de jure hæredis deponant: nullaque alia re testimonium juvetur, uti videri possint, perinde id habendum esse, ac si quis sibi aliquid in testamento adscribat, quod Senatusconsulto prohibitum est, *l. 14. in princ. ad leg. Corn. de fals.* (5) Et tamen magis est, ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: utut multum hic profutura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Diod. Tulven. *ad hunc tit. cap. 9.* quamquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri *d. decis. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset, unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis plane denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. Quia juris successores fieri possunt. Ego vero malim dicere, hoc curandum non esse, quia ex accidenti est. *Casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi*, *l.6. qui & a quib. man.* & eleganter Græci: *Οἱ γὰρ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι δίκαιον κρίνειν ἡμᾶς.* Plane locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro successores

cessione juris habetur, §. 3. & 4. *instr. de fideicomm. hær. l.* 1. *l.* 3. *de jud. hær. pet.* D. Tuld. *cap.* 4. *in fin.*

Quadam constitutione nostra) Calumniantium iniquitas sæpe flagitat, ut ea, quæ certo jure constituta sunt, novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda, quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubie priori Codici inserta fuit. Cæterum omissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutionum, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui intelligi putant aut constitutionem *Zenonis*, *l. distantibus*, 22. *C. h. t.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui test.* 20. *in princ. ff. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. *sed nec*, 27. *instr. de leg.* §. *pen. instr. de leg. agn. succ.* §. 3. *de suc. libert.*

T E X T U S.

De Materia, in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisve, vel in alia materia fiat.*

N O T Æ.

* 11. *In tabulis*) Ligneis dolatis, & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *lc.* 19. *de bon. poss. contr. tab.* Juven. *satyr.* 13. & 16. denique & cera pro tabulis, Svet. in *Jul.* 83. Horat. 2. *sat.* 5. Juven. *sat.* 15.

An in chartis) *l.* 1. *l.* 4. *Cod. de bon. poss. sec. tab.* De varia materia, qua veteres in scribendo usi. Vid. Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. & 12. Alex. Neap. 2. *gen. dier.* Hotomann. 4. *obs.* 1. Salmas. *de mod. usur. cap.* 10. VINN. Addenda omnino Bern. Montfaucon *Palæographia Græca*, & quæ eadem de re disseruit Joann. Mabillon in æterno opere *de Re diplom. l.* 1. HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Unde sit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint?*
2. *Testamenta non notis, sed litteris scribenda esse.*

ANtiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. (1) Ex quo est, quod Prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur, & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *leg. quod vulgo*, 19. *de bon. poss. contr. tab.* & inde Juvenalis *satyr.* 13. & 16. adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni*. Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant, unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sveton. *in Jul. cap.* 83. *Quintum Prædium ex quadrante hæredem instituit: reliquos in ima cera.* Horat. *sat.* 5. *v.* 53.

Sic tamen, ut limis rapiat, quid prima secundo
Cera velit versu.

Juvenalis *satyr.* 4. *Accipe ceram, Scribe, puer*, id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam usitatius. Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranis, sive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *l. librorum*, 52. *de leg.* 3. add. Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. & 12. Alex. Ab Alex. 2. *gen. dier.* 31. Hotom. 4. *obs.* 1. Si quis curiosior, is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 10. Quamvis autem Prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum dumtaxat mentionem faciat: non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testamentum scriptum fuerit, *l.* 1. *de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l.* 4. *eod.* Hodie Notarii, qui fere in testamentis adhiberi solent, in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quamquam si in charta papyracea scripserint, non adeo protinus existimandum sit, instrumentum nullum esse, aut partium jura lædi, ut hic D. Vigilius notat. 2, Illud quoque non refert, quo genere sermonis, quave lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultissima*, 21. §. *ult. l. quoniam*, 15. *C. de test.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit, non signis obscurisve notis, *l.* 6. §. *ult. de bon. poss.* Utique tamen si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitiabitur, *leg.* 9. §. 4 *de hær. inst.* VINN. Quam tamen periculosa aliquando sit notarum interpretatio, exemplo Galbæ discimus, de quo Sveton. *cap.* 5. *Observavit ante omnes Liviam Augustam, cujus testamento pene ditatus est. H. S. namque quingenties quum præcipuum inter legatarios habuisset, quia NOTATA non perscripta erat summa, hærede Tiberio legatum ad quingenta revocante, ne hæc quidem accepit.* HEIN.

T E X T U S.

De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est, velut si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, quæ humanis necessitatibus imminent.*

N O T Æ.

13. *Pluribus codicibus*) Pluribus exemplaribus, *l.* 47. *de leg.* 7. pluribus tabulis, *l.* 1. §. 6. *l. ult. quæ in testam. del.* ut tamen omnia sint inter se ἰσότυπα, unius tenoris, & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult.* & facta quasi testamentum; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu ἀντίγραφον, *d. l.* 1. §. 7. *de bon. poss. sec. tab.* ad Salmas. *ubi supr.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint?*

PLuribus codicibus) Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum*, 24. *hoc tit. l.* 1. §. *si quis*, 5. *de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *leg. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum*. Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur a posteriore. Testamentum vero, quod quis pluribus codi-

codicibus consignavit, utque eodem tempore solenniter complevit, unum atque idem testamentum est, *leg. 1. §. 6. de tab. exhib. l. tot. quæ in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. 6. l. 2. §. 5. sec. tab.* quem locum erudite interpretatur D. Salmas. *cap. 10. de mod. usur. pag. 417. & seq.* ubi & alia minus trita. (1) An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iisdemque testibus septem ad eam rem convocatis, unoque contextu adhibito, quæsitum est. Negant Viglius & Hotom. quibus adsentior. Etenim ut uniuscujusque testamenti propria contestatio est, ita & proprium ac separatum instrumentum esse oportet: admissaque illa diversorum testamentorum conjunctione, corrumpatur necesse est subtilissimum testamenti negotium, quod totum uno perpetuoque contextu ac tempore perfici atque absolvi debet, nec alienos aut extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hær. 21. §. ult. h. t. l. hac consultissima, 21. l. cum antiq., 28. C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari: sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris, 20 de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solennitates. Dist. tamen communiter DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius *lib. 1. de test. conj. c. 9.* & usus probavit: hodieque usitatissimum inter conjuges est, ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis, quam per nuncupationem: quod etiam Novella quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l. 1.* ad Gail. 2. *obs.* 117.

Secundum fitinentem observationem) Si unius testamenti plures sint codices, potest ex unoquoque bonorum possessio peti, sed ita, si omnes sint authentici, id est, si facti sint tamquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. leg. ult. de his qui in test. del.* Aliud namque juris est, si testator unum fecerit, non quasi testamentum, sed quasi exemplum sive copiam, ut vulgo loquuntur, *dict. l. 1. §. sed si, 7. secund. tabul.* Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, fac. *l. ex 2. de fide instrum.* Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unam testator deleverit, aut inciderit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri, aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo a testatore incisas, ut intestatus moreretur, *dict. leg. ultim. quæ in testam. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit, hæredi parcendum esse, & tantum quinquaginta deberi, *leg. Sempronius, 47. de legat. 2.*

Quod interdum etiam necessarium) Κατά τι: si videlicet quis vereatur, ne si forte unum tantum exemplar fecerit, voluntas exitum non sit habitura: quippe cum unum instrumentum facile amitti, aut alias perire, occultari aut supprimi ab hæredibus venientibus ab intestato possit, *l. unum, 24. hoc tit. l. si in duobus, 10. §. ult. test. quem. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, quæ scriptis conficiuntur, sufficiunt. Si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili testamentum, septem testibus adhibitis, & sua voluntate coram eis nuncupata, sciat, hoc perfectissimum testamentum jure civili firmumque constitutum.*

NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*) Palam & clare pronuntiata, ut a testibus exaudiri & intelligi possit, *d. leg. 25. eod.* Sveton. *in vit. Horat. Decessit hærede Augusto palam nuncupato.* Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine hæredis, unde μυστικὸν Græcis dicitur.

COMMENTARIUS.

1. *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2. *Qua in re præcipue alterum ab altero distet?*
3. *Veteres rarius hæredem nuncupare solitos fuisse, quam scribere & quare?*
4. *Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus fere utimur.*
5. *An testamentum secundum statutum aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum?*

HOC §. breviter comprehensu est forma testandi sine scriptura, sive per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est a jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Cæterum Prætor ut custos juris civilis etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *leg. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod.*

(1) *Septem testibus adhibitis*) Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æque testes rogari, aut certe admoneri, cujus rei gratia collecti sint, *l. hæredes, 21. §. pen. h. t. l. hæc consultissima, 21. §. per mancipationem, 2. C. eod.* Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cum ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit, *l. in testam. 26. C. eod.* Quid vero, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum e testibus adhibitis, cum testator ex scheda, in qua memoriæ causa voluntatem exceperat, recitatio testamento hæredem pronuntiasset, subsignasset & subscripsisset. Et vulgo recte placuit propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique omissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Plane si constet, scripturam, quæ profertur ad testamentum faciendum, paratam esse, aliud dicendum erit, *l. ex ea, 26. hoc tit.*

(2) *Et sua voluntate nuncupata*) In hoc maxime distat testamentum, quod sine scriptura fit, testamento scripto; nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique, suum hoc esse testamentum, celato nomine hæredis: quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum.

dicere. Nuncupare hæredem, est lingua & verbis pronuntiare: unde nuncupare hæredem & hæredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l. si is, qui* 25. *h. t.* Gloss. Basil. *nuncupatio*, ὀνομασία, ῥῆσις. Palam autem voluntas hic nuncupanda est: non utique publice aut in propatulo, quod particula *palam* aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere: sed clare & intelligenter sic, ut a testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l. hæredes*, 21. *in princ. h. t. d. l. hac consultissima*, 21. §. *per nuncupationem*, 2. *C. eod. l. ult. de jur. cod.* ita Svet. in vita Horatii: *Decessit hærede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas*. Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l. qui test.* 20. §. *pen. h. t.* in nuncupativo omnino necessarium putamus; ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris: quo etiam facit *l. coram*, 209. *de verb. signif.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamenti usurpata nuncupatio: sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos, qui ut testes essent, rogati erant, testabatur, id suum testamentum esse, non nuncupationem hæredis. Ulpian. t. 20. §. 8.

Perfectissimum) Respectu scilicet effectus, quem non minorem habeat, quam testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est: (3) Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est; quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata veteribus fuisse, quam scripta, argumento est, quod passim tabularum testamenti & hæredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus ego rei duplicem esse causam reor; tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea, quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & hæredum cæterorumque, quibus aliquid relinquitur; quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet; tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur; ex quo fit, ut etiamsi testes decesserint, ratum nihilominus illud maneat; nuncupativi autem testamenti fides tota pendet a depositione testium, quibus mortuis aut aliquis eorum, cum non sint aut pauciores sint, quam requiruntur, qui sisti iterum possint, & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea occursum est adhibito tabulario, qui voluntatem coram testibus nuncupatam acciperent, ac rem gestam scripturæ suæ auctoritate confirmaret: cujusmodi scriptura & instrumenta tabellionum sola per se citra novem adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent, nec tamen quod ita factum est, ideo mox desinit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quamquam non negaverim, habere hoc genus testamenti, nihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vid. Sichard. *in l. hac consultissima*, 21. §. *per nuncupationem*, 2. *n.* 2. *h. t.* (5) In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere; duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent, uno coram duobus decurionibus sive Scabinis & Secretario loci, in quo testamentum fit, sive in agro sive in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum, *l. omnium*, 19. *h. t.* altero coram Notario & duobus testibus; qui modus fere solus est in usu vulgi: Gudel. *de jur. nov. lib.* 2. *cap.* 5. Grot. *lib.* 2. *introd. c.* 17. Exhæredatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint Scabinis quia atque formula juramenti a Notariis ingressu muneris præstandi & cæterum edicto quodam Caroli V. Groenew. *de leg. abrog. hic*. Notarius testatorem nosse debet. sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata a Notario scripto comprehendi solet, & in protocollum referri; unde postea petenti testatori solemne instrumentum conficiatur. Quin usu etiam receptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet, ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur, etiamsi neque testatoris, neque testium subscriptiones aut signacula habeat. Groney. *d. loc.* D. Jac. Coren. *observ.* 10. In quo longe recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ pro forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sane eo diligentius observandum erat, quia perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena, facile testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgo nota sunt. (5) Quæsitum est, an testamentum juxta alicujus loci consuetudinem aut statutum factum etiam vim habeat extra illum locum, ex. gr. testator ibi testamentum fecit, ubi coram duobus testibus & Notario testari licet, ut in hac nostra Batavia; quæritur, an valeat etiam in iis locis, ubi septem testes requiruntur, uti in Frisia, ubi sequuntur jus civile? Affirmant communiter DD. *in leg.* 1. *C. de summ. Trin.* Viv. 2. *opin.* 56. Coras. *de jur. art. p.* 3. *c.* 13. Covarr. 2. *de spons.* §. 7. *n.* 8. Costal. *ad l.* 6. *de evict.* Ant. Perez. *in Cod. de test. n.* 11. & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum. Guid. Papin. *dec.* 262. Thesaur. 2. *qu. for.* 8. Mynsing. 5. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *observ.* 123. Joann. a Sande *lib.* 4. *t.* 1. *defin.* 14. Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitrantur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis Interpretum sententia: at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippe res mobiles, quoniam ubicumque sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per *leg.* 4. *C. de jur. fisc. l. ult. de jur.* Ita constanter Mansuer. *in sua prax. t. de success.* Burs. *ad l.* 6. *de evict.* Nicol. Burg. *ad cons. Fland. tr.* 6. Christ. *vol.* 2. *dec.* 3. 4. & 5. & *vol.* 4. *decis.* 5. & 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre, utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus, an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur. Qualia sunt, quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubie afficiunt, ut obscumque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Gail. *d. lib. obs.* 124. & *alii, ubi supr.* Coras. *d. part.* 3. *c.* 14. Gomez *ad l.* 3. *Tauri, n.* 20. Quæ autem statuta disponunt circa actus solemnitatem dumtaxat, cum neque rem afficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsum

ipsam solummodo dispositionem, quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per *l. 6. de evict. l. 3. in fin. de tribus, l. 2. C. quemad. test. ap.* facit *l. 9. & ult. C. h. t.* & alias contra rationem juris testato decedere volenti plura testamenta essent condenda, aut, quod absurdum est, plurium locorum consuetudines in uno testamento exquirere oporteret, actumque unum atque individuum, qualis est testamenti, secundum diversa loca adjudicari. Peck. *de test. conjug. lib. 4. cap. 28. in fin.* D. Joann. a Sand. *d. defin.* 14. ubi contrarii lcite expedit, & prudenter temperat novam quamdam distinctionem Fachinæi. Adde, quæ ... *lib. 2. ... quæst. cap. 19.* Plane si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantiæ emissa anno 1611. cujus meminerunt Burgund. Christ. Fald. *C. hoc tit.* & Perezius *ad. loc.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid significet.

Diximus sub rubrica præcedentis tituli, duo esse testamentorum genera. Unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur: alterum militum proprium, quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis, ea solum pertinent ad testamenta paganorum: militaria, de quibus porro nunc agitur, legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hic non accipimus omnia, quæ facta sunt a militantibus, idest, iis, qui in numero relati sacramento tenentur: sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l. 3. h. t.* immo debeant, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure & privilegio testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus, quæ ad solemnia condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur, quod a milite factum est in expeditione, jure militum proprio.

T E X T U S.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema inveniatur, sive scripta, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem, & si filiifamilias sint, propter militiam conceduntur: jure tamen communi eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda, quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

N O T Æ.

Nostra constitutio) *leg. pen. C. hoc tit.* id tamen & antea obtinuisse videtur, *l. 1. l. 15. C. eod.*

Quoquo modo) Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, εἰ τὴν γῆν ... *l. 13. C. eod.* Synops. Attal. t. 34.

Suis ædibus) in nonnullis est *sedibus*, testibus Vigl. & Orphan. & ita Cont. VVelemb. Fabr. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. *l. 3. cap. 4. & ult.* Theoph. ..., id est, ut Schol. §. 3. *infr.* ..., in stativis aut hibernis. Sedes sunt stationes, *l. 18. C. de Episc. aud.* loca ubi milites otiose commorantur. Lapsus hic est Cujac. *consult.* 49.

Propter militiam) tit. *proxime seq.* significat filiosfamilias militantes idem jus habere, quod patresfamilias stipendia item merentes, ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*
2. *Militibus remissa omnia, quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.*
3. *In hibernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere, & num. 5.*
5. *Vaginam, clypeum, pulverem militi chartæ loco esse posse, ensem pro calamo, sanguinem pro atramento &c.*
6. *Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.*

PRopter imperitiam eorum*) Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite, quod extat in *l. 1. h. t.* & rescripto Antonini, *l. 3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem: hoc enim est, propter imperitiam. Nam cum simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo vero cum ex imperitia nascatur simplicitas: hinc factum, ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam. Ut in illo Nasonis; *Heroid. ep.* 17. 63.

Fallere credentem non est operosa puellam.
Gloriosa simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in pr. C. de jure delib.* cum milites dicuntur arma magis, quam jura scire. Atque huc accommodari aliquo modo potest, quod Tacitus scribit *in vita Agric. c. 9. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, calliditatem fori non exercet.* (1) At enim vero non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioquin enim & fœminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cum proculdubio multi etiam legum & jurisperiti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalis, quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est, quam Ulp. expressis *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* laborum & periculorum functio cum in expeditionibus & castris sunt, quo tempore armorum cogitatio, pericula imminentia, & sese continendi ne-

necessitas, omnem alium de jure cogitationem adimit: Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet, & aliis quibusvis quamvis non mereant, in hujusmodi periculis & hostico, aut procinctu deprehensi, si ibi decedant, jure militari, quoquo modo velint, quoquo modo possint, testari permissum, *d. l. un. l. ult. hoc tit.* VINN. Quum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore, quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat; non inepte credideris, veram ejus caussam esse, ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus principalibus) Primus Julius Cæsar, ut auctor Ulp. *l. 1. h. t.* liberam militibus testamenti factionem concessit, cæterum eam concessionem ait fuisse temporalem, postea vero primum Titum, & post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse, ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam a Nerva, & qui eum secutus est, Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint) Puta in continuatione actus, in rogatione, subscriptione, & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari, nihilominus tamen recte testati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quam aliorum solemnem dispositionem, *l. 1. & passim h. t. & C. eod.* (2) Porro autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solemnitates, numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in cetæris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant sive ad infirmationem. Quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. *c. 4. ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit, *l. sicut, 9. & seqq. h. t.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive alias pro parte testato, pro parte intestato decesserit, *l. 6. in fraudem, 15. §. miles, 4. l. si duobus, 37. l. miles, 41. eod. l. 8. C. eod.* sive eum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit, *l. idem, 13. §. 2. eod.* sive filio emancipato aut cuicumque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l. 5. d. l. miles, 41. §. 4. eod.* sive hæreditatem codicillis directo dederit, *l. milites, 36. eod.* sive solis liberis, non etiamsi sibi testamentum fecerit, *d. l. in fraudem, 15. §. pen. d. l. miles, 41. §. ult.* nihilominus recte testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, *l. si certarum, 17. in fin. h. t. l. 12. U. eod. l. 6. C. ad l. Falcid.* Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris in infirmandum testamentum valet; invito eo multis modis infirmatur, *infr. quib. mod. testam. infr.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem, 15. §. 1.* invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis deminutionis *leg. 6. §. sed si quis, 5. & seq. de injust. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione, aut quasi agnatione sui hæredis, *l. 7. & seqq. h. t.* (quod tamen temperabis ex l. *9. d. l. militis, 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles, 22. & seq. eod. §. pen. infr. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l. quærebatur, 19. eod.* Hæc summa est: quædam diligentius excutientur.

In expeditionibus) Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad contingendam cum hoste, quandocumque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse, neque etiam tempus belli: sed totum illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminentem expectent, intenti ad opportunitatem rei gerendæ, vel ut invadant, vel ut invadentem sustineant ac propulsent. Cassiodorus *1. var. 17. Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota proeliis, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia hiberna, cæteraque loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. Veget. *l. 3. de re mil. cap. 4. & ult.* Sallust. *in Jugurth. cap. 37. Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

Quod merito nostra constitutio introduxit) *leg. penult. Cod. hoc titul.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocumque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Vigilius affirmat: sed ego ambigo. (3) Nam & in *leg. 1. hoc tit.* quæ Antonini est & *in milites, 15. Cod. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio, & ratio privilegii, periculorum functio, quam affert Ulpian. *leg. un. de b. n. poss. ex test. mil.* cessat, cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen, olim milites, qui in provinciis habebantur, jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit, quæ in expeditionem currunt, *leg. ultim. C. d. de testam. mil. l. ult. Cod. quib. non objic. long. temp. præscr.*

Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta, sive non scripta) Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. (4) Quinimmo militi jamjam in hostem pugnaturo vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro litteris, *l. Lucius, 40. h. t.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna, aut calamo, *l. milites, 15. C. eod.* Cæterum hoc casu crediderim alio quoque opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cum vix fit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparationem litterarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata est; ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius, 40.* quod & Jo. Fabr. notat.

Vel suis ædibus) Ita enim legitur in utraque modo allegata constitutione, *& l. ult. C. de poss. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις, Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σίδεσιν. Σίδεσι autem esse Hotomannus scribit quæ Latini *stativa* appellant. Ant. Augustinus *in l. 18. C. de episc. aud.* vertit *stationes*. Suidas *fossatu* esse tradit. Et ita σίδεσιν apud Rufum de legib. milit. pro φοσσάτῳ. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi causa habentur, puta hibernacula, aut ubi in prædiis sunt, ἔνθα φλάγγεν αὐτοῖς ἀσχολ... (sic enim ipse interpretatur) donec expeditio aliqua suscipiatur. Sedes militum dicuntur, & ex adverso opponuntur expeditioni. Veget *lib. 3. c. 4. Ita exercitati & eruditi in sedibus milites, cum ad expeditionem ex diversis convenerint locis, &c.* Idem *eod. lib. c. ult. Milites pœna & timor in sedibus corrigunt, in expeditionibus spes*

& plenius faciunt meliores. Atque hoc etiam loco non *ædibus*, sed *fossis*: Contius & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Vigilius & Giphanius testantur. Puto autem, talem esse Catilium, qui ex facto consultus *d. l. ult.* 40. respondit, milites etiam in hibernis & præsidiis locatos eodem jure privilegii sui testari posse. 5 Nam qui sunt in hibernis aut præsidiis neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & §. *fin. hujus tit.* 3. *inst. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, per *d. l. ult.* VINN. Cum Catilio faciunt & alii, veluti Hotoman. *in Inst. h. t.* Cujacius *ad l. pen. C. h. t.* Struv. *Exerc. ad ff. hoc tit.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *leg. pen. C. hoc tit.* junct. *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Titia. Puc. *desp. Senat.* 18. §. 18. HEIN.

Et si fingantur, &c. uti tamen communi) Ex his verbis Pacius colligit, militem jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur a Vigilio. Locus planus est & apertus. 6 Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus; ne quis vero ex eo putaret, milites & maxime nostris tam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosf. de quibus solis, cum a privilegio militari recessisset, juste dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosfam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosf. milites in expeditione occupatos jure militari testari posse, sed ait, eos etiam cum in expeditione non sunt, testari posse, verum tunc non aliter, quam jure communi, significans, eos idem jus tum habere habere, quod patresf. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint, qui militibus ordinum quorumdam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Melitensibus, privilegium jure militari testandi asserunt, quasi nulla in hac causa ratio habita sit nostræ dignitatis, aut militiæ honorariæ. Vid. Duar. *in hunc tit. cap.* 3.

Paganorum) Pagani proprie dicti rustici, villani, κωμῆται, seu vicani. Hi autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι. Peculium paganum & castrense, in pagano & in castris ἀστρατεύτως. A Scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu post in agris & pagis hæsit religio gentilis, & templa eorum fuerint. VINN. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Christo non militent. Sed Vinnii ratio solida est. Nam & Orosius *in præf. lib.* 1. *Ex locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur*. Et Prudent. *in Roman.* v. 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque pago implicitos, *adv. Symmach. lib.* 1. v. 620. HEIN.

TEXTUS.

Rescriptum D. Trajani.

1. *Plane de testamentis militum Div. Trajanus Catilio Severo ita rescripsit*. Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intelligi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod & sine scriptura & a non militantibus quoque fieri potest. Si ergo miles, de cujus bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te hæredem facio, Bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti. Alioquin non difficulter post mortem alicujus militis testes existerent, qui affirmarent, se audisse dicentem aliquem, relinquere se bona, cum visum sit. Et per hoc vera judicia subverterentur.

NOTÆ.

1. *Et non militantibus*) Ita quoque *in d. l.* 24. Fabrotus mavult, *ut a non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur vetus instit. Interpres Gallicus, qui est in Biblioth. Regia. Verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem a non militantibus jure communi, ita a militantibus jure etiam privilegiato.

Convocatis hominibus) Saltem duobus, per *leg.* 12. *ff. de testib.* etiam sine solemni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi necessaria, *l.* 21. §. 21. *h. t.* nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solum requiritur. Et ideo scripta militis voluntas, etiam nullis testibus adhibitis rata est, per *leg.* 1. *in fin. per l.* 25. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*

2 *Quot testes a milite per nuncupationem testante adhibendi.*

3 *An rogatio testium testamento militari necessaria sit?*

Divus *Trajanus ita rescripsit*) Recitatur hoc idem rescriptum a Florentino in *leg. Divus*, 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est: voluntatem militis qualemcumque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari; cæterum prius esse, ut constet appareatque serio atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur, ipsorum militum maxime interesse, ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et a non militantibus quoque) Giphanius legendum putat dempta negatione, *a militantibus*, quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea a consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio fit, ut ex eo, quod hic concessum est, arguatur, quod militantibus licere debeat. Argumentum a pari est: *Si licet non militantibus sine scriptura testari* (intellige secundum solemnitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur) *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet circa solemnitatem. Nam, ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant,

quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius aliter legisse existimat. Fabrot. in *not. ad Theoph.* mavult legi, *ut a non militantibus quoque*. Quod valde placet. VINN. Sed sensus idem manet, si ET retineas: Nihil ergo opus est emendatione. HEIN.

Convocatis ad hoc hominibus) Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. (1) De prima assentior Viglio, Cujacio, Hotom. Bachov. scilicet interesse, utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse; quod etiam hic locus expresse exigit, & quomodo alioqui de voluntate militis voce prolata constare poterit? In scripto autem testamento, etsi nulli testes a milite adhibiti sint, ratam tamen esse militis voluntatem, utpote de qua per scripturam & manum ipsius testatoris, quæ legitima probatio est, constare potest. Nihil autem amplius exigitur, quam ut de voluntate militis quocumque modo testata constet. (2) De numero testium adhibendo a milite & nuncupationem testante sic sentio, neque unum testem (quod putat Theophilus) sufficere, neque plus exigi, quam duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, *l. Lucius*, 40. *h. t.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de test.* Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit. (3) De rogatione testium, quod tertium erat; eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est pura puta solemnitas: in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solemnitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit a simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt dicere, nudam & simplicem voluntatem sufficere, & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito, quam falsum sit, quod Hotoman. post Jo: de Plateas & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocatione monitorum, ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*. Quippe quæ hic non dispositive, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati, certo constare possit. De eo enim præcipue hic agitur, atque hoc tantum cavetur. Ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre, ac civiliter magis, quam ex animo loqui. At ubi certo ex circumstantiis liquet, serium esse quod miles prolocutus est, & profectum ab animo testamentum condere volentis voluntas ejus etiam ex hac ipsa constitutione servanda est. Atque ut certius de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati, aut cum alterius rei causa convenissent, præmoniti, cui rei eos adhiberi placeret, constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles, forte postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit: *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo?* Certe hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paginis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet) Puta in conviviis, circulis, ac congressionibus familiaribus, ubi nonnumquam leviter quædam effundimus, & jactamus magis, quam serio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum, quod miles nuncupavit, non tam pendere ex militis voluntate, quantumvis serio testibus exposita, quam convocatione testium & testimonii denuntiatione. Cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quemvis sermonem militis, quocumque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter, quam si ex his appareat, animum condendi testamenti militem habuisse, ratum esse oportere, quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare poterit sine testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur) Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alienissimas hæreditates confiscabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem, Sveton. in *Domitian. cap.* 11. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem numquam admiserunt, *leg. ult. qui testam. fac. leg. penult. de hær. inst. leg. res quæ* 23. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ultim. infr. quib. mod. test. infr.*

T E X T U S.

De surdo, & muto.

2. *Quinimo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Natura surdos & mutos in militiam legi non posse.*
2. *Quem natura voce auditu privavit, eidem denegasse & facultatem testandi.*
3. *Eos quoque qui casu aliquo muti & surdi facti sunt, suprema condere non posse, nisi scribere sciant.*
4. *Notatur oscitantia compositorum.*

HIC §. male a veteribus Interpretibus, Joann: Fabro, Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganis mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, seu morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ii, quibus hoc accidit, scribere sciant, *l. discretis* 10. *C. qui testam fac.* putaverunt illi hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, utut voluntatem suam per signa ostendant; cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis, qui cum muto & surdo familiariter vixerunt. (1) Sed primum bene a Viglio cæterisque melioris ævi Interpretibus observatum est, natura mutum

& surdum in numeros referri aut in militiam legi non posse, utpote qui nec sacramentum præstare, nec imperium Ducis (1) aut signa audire, tesseramve accipere & reddere queat: ejusque rei etiam argumentum est, quod milites, qui in hanc calamitatem inciderunt, ob eam causam ut plane inutiles dimitti solent, *l. 4. h. tit.* [illegible], inquit Theophilus: περὶ τοὺς τῆς στρατεύεσθαι. (2) Deinde non minus absurdum est, quod putant, eum, quem utraque ista facultate natura orbavit, testamentum facere posse. nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire, nec loqui a natura datum est, sententiam suam de eo, quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam [illegible] hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον; cum, quod natura negavit, beneficio Principis concedi non possit. Quod cum probe animadverteret Jason. in *add. ad Prec.* locum hunc, repudiato exemplo communi, accipiendum credidit de iis militibus, qui ex accidenti, accepto puta vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amiserunt. Et quia paganis etiam casu ejusmodi mutis & surdis factis, si literas sciant, testari concessum est, *d. l. ult.* [illegible] *10. C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare, quod etiam Cantiunculæ placere video. Verum enim vero qui litteris non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Traiani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quemquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorundam ineptorum hominum pro arbitrio suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud, de quo supra dictum, tantum pertinere ad eos milites, qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere, contemptis solemnitatibus juris communis, *d. l. 4. hoc t.* ne quis forte putaret, defectum sensus ac loquelæ [illegible] juris supplementum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium proponitur, quod ad personam militum & potestatem testandi, non tantum ad formam & remissionem solemnitatum pertinet. Ego arbitror, peccatum hic aliquid esse oscitantia Compilatorum. Certum est, olim paganum mutum aut surdum testamentum facere non potuisse, nisi ut liceret sibi facere [illegible] a Principe impetrasset, *l. 7. qui test. fac.* militem autem mutum & surdum potuisse citra novam concessionem ex privilegio militari, *l. 4. h. t.* Nec [illegible], neque paganum mutum simul & surdum [illegible], aut factum quidem, sed qui scribere [illegible] ex speciali gratia obtinere potuisse, [illegible] hoc potuit, neque militem in [illegible] privilegio. Justinianus primus generaliter [illegible] exceptis iis, quos modo [illegible], *d. l. ult.* [illegible] *10. C. qui test. fac.* ex quo cum pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia [illegible] non debuit. Cum igitur [illegible] appareat, id quod hoc loco factum esse a Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. *in d. l. 4.* vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ; quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius, qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cum primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. VINN. Justo sæpius compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil tale meritos. Possunt surdi & muti pagani testari, si vitium sit discretum: milites etiam si conjunctum, dummodo, quid agant, intelligant. Illi non nisi in scriptis: hi & nota. Quidni enim miles vulneratus, amisso linguæ & aurium usu, præsentibus commilitonibus, signis quibusdam evidentissimis ostendere possit, quas res suas cuivis relinquere velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est, ut id militibus vulneratis, mortuis ante missionem, concessum dicamus. Nihil enim impedit, ut quæstio hæc oriri non possit, si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit. HEIN.

T E X T U S.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis a Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant, & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum iure id facere debent. Et quod in castris fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placeat valere quasi militis.*

N O T Æ.

3. *Veterani*) Οἱ ἀπολυθέντες τῆς στρατείας. Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti sunt, *l. 2. ff. de veter. l. 1. C. de exc. vet.* [illegible] Julian. *orat.* 1. v. Lips. *ad* 1. *annal.* & 2. *Hist.* Tac.

COMMENTARIUS.

1. *Falli tam eos, qui putant, hunc §. solum pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quam qui negant ad hos pertinere omnino.*
2. *An & quatenus milites capitis damnati jure militari testandi licentiam retineant?*
3. *An huc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt?*

1 NUlla ratio est cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cum justior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum, quam de reliquis, & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *leg. quod constitutum 21. l. testamenta 26. l. quod dicitur 38. h. t.* neque absurdum est aut superfluum repeti, quod

semel

semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia, quam quæ præcessit, ut fit hoc loco. Sunt ex contrario qui putant, ea, quæ hic traduntur, ad mutos & surdos milites dimissos aut extra castra versantes non pertinere: sed eos etiam post missionem aut alibi degentes retinere facultatem jure militari testandi: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est, quod crediderunt, mutos & surdos milites, sive ita natos sive factos, etiam litterarum ignaros, jure militari testandi licentiam habere: quos si missos dicamus, non aliter testari posse, quam jure communi. Negamus, eos ullo modo posse testari: quia nec possunt jure communi, *l. discretis* 10. *Cod. qui testam. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus §. *pr.*

Post missionem vero) Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari* 11. *h. tit.* qui tamen maxime pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. (2) Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis* 22. §. 1. *de legat.* 3. aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic* 32. §. *si miles* 8. *de donat. int. vir. & uxor. l.* 6. §. *sed etsi* 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum, qui ex militari, *d. l. ieg. & l.* 1. *de ret. & mil. success.* nec eo quovis: non eo, quo fidem sacramenti temperat, *dict. l.* 3. *h. tit.* verum ex leviore aliquo: sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur, rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantum conceditur de bonis castrensibus, quæ non vindicantur fisco: sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *dict. l.* 1. & *l.* 2. *de ret. & mil. succ.* quod cum unicuique permissum sit a successione sua excludere facta testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum &c.) Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eo usque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutionem* 21. *l. testamenta* 26. *l. quod dicitur* 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reipubl. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. *item* 2. *sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. *qui per. in pign. l.* 8. *de per. & comm. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet, vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominiæ causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *dict. leg. testamenta* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *leg.* 2. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *Annal. Tacit.* (3) Quæsitum est, an quod hic traditur, etiam ad eos pertineat, qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt, quales sunt duces exercitus, tribuni cohortium, aut legionum, vel præfecti, nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus, aut cohortibus præsunt, certum est, *l. tribunus* 20. *l. Titius* 25. *hoc titul. l.* 4. *C. eodem.* Et Africanus respondit, non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum* 21. *h. tit.* Ait autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, quæ de missis loquuntur, non quibus successor datur. Quid si igitur nos cum Cujacio *ad dict. leg. tract.* 4. *ad African.* tenemus, ex sententia constitutionis etiam ad hos beneficium illud pertinere? Cur enim verba legum captamus? Aut quid in proposito refert, utrum quis dimittatur, an successorem accipiat? Certe Ulpian. non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, quod de missis loquitur, ad eos extendere, quibus successores dantur, *d. l.* 2. §. *de iis qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus, & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit, sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

NOTÆ.

4. *Ante militiam*) Id est, qui cum adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

Resignavit) Resignare est signatum aperire, ἀποσφραγίζειν, *l.* 1. §. 36. *dep. l.* 6. *test. quem ap.*

Manifesta militis voluntas) Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declaret: alias id testamentum ad privilegia militaria non pertinebit, *l.* 9. §. 1. *l.* 20. §. 1. *l.* 25. *h. tit.* Nec obstat *l.* 15. §. 2. *eod.* ibi, *si militis contraria voluntaria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi JC. dixisset, si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

COMMENTARIUS.

1 *Testamentum rite a pagano factum jure militiæ valere, si is, miles postea factus & in castris degens, recenti aliquo judicio priorem voluntatem comprobaverit.*
2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3 *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

Aliud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est: (1) Si quis, cum paganus esset, testamentum non jure communi civium fecit, & postea cum militare cœpisset, in castris aut expeditione degens, quovis recenti judicio, & sive voce, sive facto aliquo declaraverit, sed id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate: atque ita videbitur testatus per relationem. Est vero hoc superiori omnino consequens: nam cum militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit, testamentum, quod ante militiam fecit, nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est *l.* 1. *in fin. pr. l. in fraudem*, 15. §. 2. *h. tit.*

Resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit, vel alia manifesta, &c. (2) Ad confirmationem testamen-

mentum, quod quis inutiliter ante militiam facit, uti nihil amplius requiritur, quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit; ita etiam necesse est, ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus; ut de voluntate militis constet; ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest, si nulla nova testatio intervenerit; quin potius tunc censendus est, priorem inutilem voluntatem, qualem esse sciebat, talem manere voluisse: nec dici potest in expeditione testatus: a quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcise requiritur, ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit, eam re aliqua & facto significari, unde commode intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, legeritque, ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, induxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus aperte ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus, *l. Tribunus*, 20. §. 1. *eodem*, diserte scribens, si nihil eorum, quæ diximus intervenerit testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *leg. qui deditor* 38. §. 1. *in fin. eod. leg.* 8. §. 4. *h. tit. eodem*. Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *leg. Titius*, 25. *hoc tit.* ubi ita scribit: *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum, dictumve proponatur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ a militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *leg. fraudem*, 24. §. 2. *eod. tit.* in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum a milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescripsit*. Ecce, non novam hic voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit: atqui hoc etiam tunc fit, cum nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cum paganus esset, testamentum fecit, sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joann. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipias, κατ' ἀναφορὰν qui nunc miles est, cum tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiam factum a milite, aliter accipi debent aut possunt, quam si dixisset; testamentum a milite factum antequam miles esset, seu cum adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur, idem hoc rescriptum Divi Pii referens, in *leg.* 1. §. 9. *eodem*. Hoc cum animadverteret Franciscus Hotomannus, *ἀντινομίαν* esse pronuntiavit, quem secutus est Ant. Matth. Verum enimvero si hic antinomiam admittimus, ubi non admittemus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quam in loco Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco, exigere argumenta recentis judicii & prioris apertam comprobationem: sed id, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse a Divo Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia judicii contentum; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in proemio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si a solo Juliano, qui cæteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere, quod Hotomannus dicit. Sed cum etiam Marcellus, quo consiliario usum esse Divum Pium testis est Capitolinus, & post hunc etiam Paulus, qui assessor Papiniani, & Ulpian. in assessura collega fuit, auctore Lampridio, *in Alex.* idem affirment, nullus color relinquitur, qui opinioni Hotomani prætexi queat. Utique enim nimis putidum est dicere, aut ignorasse eos jus, quod a Divo Pio constitutum erat, ut contra expressam constitutionem Principis respondisse. Quin etiam ipse Ulpianus, *in leg.* 6. §. 1. *hoc titul.* diserte in hac eadem specie exigit prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum a pagano, qui postea militare cœpit, jure militari valere, si miles factus hoc maluit, ut a D. Pio rescriptum est. Quid vero hoc aliud est, quam si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit, se id velle valere? Significantiora certe sunt verba Jurisconsulti, quam ut de simplici silentio, aut voluntate in mente retenta intelligi possunt. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor, qui ejus meminit in *dict. leg. fraudem* 15. §. 2. *eod.* proinde eumdem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum *in dict. l.* 15. §. 2. *si militis voluntas contraria non sit*; & illorum *in d. l.* 9. §. *si hoc maluit miles*; unam eamdemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem eamdem significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *dict. l.* 15. §. 2. quam scripsit, quod dum manifestum sit tum ex aliis locis, tum ex *d. l.* 9. §. 1. quæ est ipsius Ulpiani, cur verba urgemus, quæ & ipsa insuper ambigua sunt, & sic quoque accipi possunt, non ut nulla nova voluntas exigatur, sed saltem aliqua, quæ tamen priori contraria non sit, sed eam confirmet? Quamobrem miror, quod Hotomanno & Ant. Matthæo, summis alioqui viris, in mentem venerit, quod eos, qui ajunt, Ulpianum & secum & cum cæteris de re proposita convenire, contentionis quam veritatis cupidiores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

5. *Denique & si in adrogationem datus fuerit miles: vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum ejus quasi ex nova militis voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.*

NOTÆ.

5. *Quasi ex nova militis voluntate*) *l.* 22. *eod.* ut capitis minutione secuta, voluntas petita censeatur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l.* 11. §. 2. *juc. tab.*

COMMENTARIUS.

JUre communi testamentum irritum fit etiam minima capitis diminutione testatoris, puta si se adrogandum

dum dederit, §. 4. *infr. quibus mod. test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfamilias miles a patre in adoptionem datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis diminutione irritum fieri, *l. miles,* 22. & *l. seq. h. tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet, testamentum factum statuatur de bonis castrensibus; nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest; pater autem familias, etsi potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari adrogatione: quippe cum quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori: qua de causa etiam Jurisconsultus in *l.* 23. *h. tit.* expresse meminit militis de castrensibus duntaxat rebus testati. Quamvis autem quod hoc loco & *dict. l.* 22. & *l. seq.* proponitur, inter privilegia militaria referatur: idem tamen postea, neglecta subtilitate juris, productum videtur ad veteranos jure communi de bonis castrensibus testantes, *l.* 1. §. *exigit* 8. *de bon. poss. sec. tab. l. 6. ultim. de injust. rupt. test.*

T E X T U S.

De peculio quasi castrensi filiisfamilias testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam Principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus, in hujusmodi peculiis testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, quæ ad præsentum jus pertinent, ignorare.

N O T Æ.

6. *Nostra constitutio*) *dict. l. ult. Cod. de inoff. test. l. ult. Cod. qui test. fac.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfamilias actum *sup.* §. 1. *per quas pers. cuiq. acq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum, quibusdam duntaxat cum potestate de eo testandi, a Justiniano, cum eadem potestate omnibus, *l. ult. Cod. de inoff. test. l. ult. Cod. qui test. fac.*

Anteriores leges) Pandectas intelligo cum Cujacio. Etenim etiam ea, quæ legibus continentur, de hoc quasi castrensi peculio non esse ex lege aliqua ad populum lata, sed ex constitutionibus, argumento est, quod ipsum peculium castrense, cujus exemplo comparatum est quasi castrense, ex constitutionibus est. In Pandectis autem non semel tantum aut ad summum rerum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l.* 1. §. *in filiis 6. ad SC. Treb. l.* 3. §. *dari* 5. *de bon. poss. l.* 1. §. *nec castrense* 15. *de collat. l. filiusfamilias* 7. §. *ult. de donat.* VINN. Recte Vinnius negat peculium quasi castrense esse ex lege libera rep. condita, si de vocabulo quæstio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen locum habuit in virginibus Vestalibus, Flaminibus, Dialibus, aliisque sacerdotibus, qui veteri ritu capiebantur. Gell. *l.* 1. *cap.* 12. Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculiis suis testamentum condere. Dicuntur quidem patria potestate exiisse: Ulp. *Frag. tit. X.* §. 5. sed Gellius addit: *sine capitis diminutione*, ne eos jura familiæ amisisse existimes. Quam itaque hoc privilegium sacerdotum admodum simile fuerit ei, quod postea constitutionibus principum filiis familias in peculio quasi castrensi datum novimus; non absurde existimari poterit, has *anteriores leges* hæc scribenti vel Triboniano, vel Cajo, vel alii cuicunque veteri Jurisconsulto, antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEINN.

Quam principales constitutiones) Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, *l. velut.* 7. *C. de assess. l.* 4. *C. de adv. div. jud.* 2. *l. unic. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pet. lib.* 12.

Et quorum quibusdam) Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præsidibus provinciarum, cæterisque in universum omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris, & id genus aliis in tam ampla dignitate non constitutis, ea quidem, quæ hujusmodi operam Reipub. navantes paraverant, plena proprietate concessa fuerunt, ut hæc etiam patre mortuo quasi peculium quoddam castrense præciperent: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. Cod. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proxime seq.*

Testari quidem, sed jure communi) *dict. l. ult Cod. de inoff. test. dict. l. ult. Cod. qui test. fac.* Quare filiifamilias omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiifamilias veterani in peculio castrensi: jure autem militari testari non possunt: hoc enim privilegium illis solis tributum est, qui sub armata militia stipendia merent: neque simpliciter, sed tunc, cum expeditionum laboribus occupantur, ut inepti sint, qui hoc extendunt ad alias militiæ species, togatæ scilicet aut alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum quis pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, *l. unic.* §. 1. *de bon. poss. ex test. mil.* Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumenti militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur. Vigl. *ad rubr. his* Gail. 2. *observ.* 118. Vaud. 1. *quæst.* 55. Christin. *volum.* 4. *dec.* 3. Sichard. *ad rubr.* 6. *eod. h. tit. n.* 9. Grass. §. *substitutio q.* 66. Grot. 2. *intr.* 7. Perez *C. de test. mil. in fin.*

TITULUS DUODECIMUS.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

D. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1. *Ut testamentum consistat, quænam in persona testantis requirantur?*
2. *Damnatum capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*
3. *An novellis legibus ab eo jure recessum?*

Reditur ad jus commune. Disseruit tit. 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis; quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento considerandæ esse diximus *sub. rub. d. tit.* (1) In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l. 1. ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini, ad peregrinitatem redacti, ut deportati, *l. 8. §. 1. & 2. h. tit. qui test. fac. l. 1. §. 2. de legat. 3.* nec servi aut capti ab hostibus, *d. l. 8. §. ultim. l. filiusfam. 16. hoc tit. §. ultim. infr. eod.* nec obsides, nisi eis permittatur, *l. 11. eod.* Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, *l. 14. & seq. eod. l. 1. in pr. de legat. 3.* Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfamilias, de quo statim *in pr. hujus tit.* Qui patresfamiliarum sunt, omnes testamentum facere possunt, exceptis iis, qui voluntatem suam recto certoque judicio significare aut exprimere nequeunt, de quibus in §. 1. & 3. *seqq.* nec non aliis quibusdam, quos lex ob delictum admissum, aut apostatiam hæresimve nominatim testari vetat, *l. is cui 18. §. 1. l. eum l. 26. hoc tit. l. 3. Cod. de apostat. l. 4. Cod. de hæret. & Manich. l. 6. & auth. seq. Cod. de incest. nupt.* (2) Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque sententiam passi essent, libertatem, & civitatem perdebant, *d. l. 8. §. ultim. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test. l. 12. qui ult. 29. de pæn.* Ajo *damnati*: nam si quis non damnatus, quantumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l. 9. h. tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *leg. 13. §. ult. eod.* (3) Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov. 17. cap. 12. Novel. 22. cap. 8. item 134. c. ult.* unde *auth. sed hodie Cod. de don. int. vir. & uxor. & auth. bona C. de bon. proscript.* ab eo jure recessum sit? Nam his constitutionibus & servitus pœnæ tollitur, & bona capite damnatorum non publicantur, extantibus liberis & parentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in liberos vel parentes transferuntur, ne hodie quidem eos testari posse dicendum videtur. Div. Tuiden. *hic cap. 6.* add. Salicet. *in dict. auth. sed hodie.* Vasq. *3. contr. illustr. 96.* Grass. *§. testam. q. 26.* Clar. *§. testam. q. 31.* Jac. Vervvy *tract. de art. testam. c. 4.* ubi notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, testamenti faciendi jus non habent adeo quidem, ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis jure testari possint: exceptis iis, quos antea enumeravimus, & præcipue militibus, qui in potestate parentum sunt: quibus de eo, quod in castris acquisiverunt, permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est ex auctoritate D. Augusti, quam Nervæ, nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero subscriptione Divi Hadriani etiam dimissis a militia, id est veteranis concessum est. Itaque siquidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum, quem hæredem reliquerint. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus, superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex hoc intelligere possumus, quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare, neque patre mortuo eum fratribus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus, qui in castris acquisierit: quamquam jure civili omnium, qui in potestate parentum sunt, peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus & præcipue nostris propter diversas causas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui castrense peculium, vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamil. testamentum fecerit, inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

NOTÆ.

Qui alieno juri subjecti) Filiifam. testamentum facere non possunt, *l. 6. h. tit. l. penult. Cod. eod.* & olim quidem vel ideo non poterant, quia nihil suum habebant. Ulpian. *tit. 20. §. 9.* Hodie non possunt, quia ne nunc quidem quicquam pleno jure tamquam patresfamilias habent, excepto peculio castrensi & quasi: de quo ob id etiam testari iis permissum. Testandi autem facultas solis patribusfamil. lege concessa: *Paterfam. uti legassit, &c.* Cicer. *ad Heren. lib. 1. cap. 13.*

Quamvis parentes permiserint) Quia testamenti factio juris publici est, *l. 3. hoc tit.* id est, ei soli competit, cui jure publico permissa. Ex quo efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legatumve aut fideicommissum relinquere filiusfamil. possit, *l. 6. §. 3. de jur. eod. l. 25. §. 1. de mort. caus. donat.*

Jure communi) Id est, jure hæreditario, post liberos & fratres intestato mortui, ut est in textu *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib.* jure novissimo a liberis solum, non etiam a fratribus parens excluditur. *Novell. 118. cap. 2.* Explodendum igitur, quod Cujac. Pac. Fabr. in margine notant, *jure communi, id est, jure patrio, jure peculii*, & veteri & tegro jure in *l. 2. de castr. pec.*

Proprium ejus esse) Ita ut in eo vice patrisfamilias fungatur, *leg. 2. de SC. Mac.* quod jus & in quasi castrensibus ei postea tributum *§. ult. tit, ut sup.*

Quamquam jure civili) Oratio perplexa; sententia tamen Justiniani ex iis, quæ antecedunt & mox subjiciuntur, satis manifesta. Vid. Comment.

COM-

COMMENTARIUS.

1. *Cur filiifamilias testamenti factionem non habeant?*
2. *Cur ne patre quidem consentiente recte testentur, cum ita mortis causa recte donent?*
3. *An testamentum a filiofam. factum cum consensu patris propter adscriptam clausulam, ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis?*
4. *Intestato filio mortuo, peculium castrense jure Codicis ad patrem non redisse jure peculii: sed liberis & fratribus non extantibus, jure successionis ad eum devolutum.*
5. *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*
6. *Plenius ac planius quam vulgo ostenditur, filiumf. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*
7. *An de iis codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit?*
8. *Quid hic moribus harum regionum receptum?*

Q*Ui alieno juri subjecti*) Lex duodecim tabularum liberam testandi facultatem civibus concedens præcise ac definite de patribusfam. locuta est. Extat integrum legis caput apud auctorem *ad Herennium lib. 1. cap. 13.* in hæc verba; *Paterfamilias uti legassit super familias, pecuniave sua, ita jus esto.* (1) Ex eo, quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filiisfamil. permittere noluisse. Quinimmo non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem permittere iis, qui nihil suum habebant, de quo testari possent: quippe notum est, filiosfamil. olim omnia parentibus, quorum in potestate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio, cur filiifamil. testari non possint, reddita est ab Ulpian. *in fragm. tit. 20. §. filiusfamil. 9.* duratque eadem etiam nunc. Quicquid enim hodie filiifamil. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfamil. consideratur. Et peculium quidem castrense & quasi castrense sub qualitate patrisfamil. ei plenissimo jure concessum est: cæterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet: cum alioqui ne proprietas quidem hujus peculii penes eum esse posset, pugnatque cum conditione filiifamil. aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfamil. jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codicillos facere posse: quippe quæ iis demum permissa sunt, qui & testamentum condere possunt, *l. 2. de leg. 1. l. 1. §. 2. de legat. 3. l. 6. §. penult. de jur. eod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifamil. nihil habent proprium.

(2) *Quamvis parentes eis permiserint*) *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio ista patris non efficit ut filiusfamil. incipiat esse paterfamil. Lex autem duodecim tab. non aliis, quam patribusfamil. testandi potestatem concessit: eoque pertinet quod Papinianus scribit, *l. 3. eod. Testamenti factio non privati, sed publici juris est*, hoc est jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde, quod ne sic quid filiofamil. quicquam acquiritur, de quo testari, aut in quo hæredem habere possit. Ex quo jam efficitur, ut nec consentiente patre codicillos facere, legare, aut fideicommissum relinquere valeat. Eadem enim utrobique ratio est. An igitur filiofam. nec mortis causa donare volente patre permittendum? Ita videri potest, cum mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §. 1. *Inst. de donat. leg. donat. l. ult. 4. Cod. de mort. cau. don.* Placuit tamen posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l. senatus 35. §. 3. de mortis ca. don.* maxime in eo, quod eam perficiendam traditione aut conventione opus est, ut pluribus ostendimus in *d. §. 1.* ac proinde hactenus etiam eodem jure cum conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset filii ministerio, *leg. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob causam, etsi filii quoque personam in hac donatione spectatur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem tamen, etiam patrem eam revocare posse, cum Bart. *in leg. 2. §. 1. de donat.* Ang. & Joann. Fab. *hic*. Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l. illa constitutio 23. de hæred. inst.* protinus ad mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat iis, quæ diximus, argumentatio Ulpiani *in l. 1. §. 1. de tut. & rat. distr.* concludentis, ei, cui testamenti factio permissa non est, nec permittendum esse mortis causa donare. Procedit enim ista argumentatio in patrefamil. qui bona propria habet, sed testari non potest propter ætatem & defectum judicii, qualis est pupillus, de quo etiam Jurisconsultus loquitur. (3) Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausula: *si non valeat jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultimæ voluntatis vi*, num in hac specie voluntas filii sustineri debeat saltem in vim donationis causa mortis? Et vulgo placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur, & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest, quam in donatione mortis causa: quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n. 10.* Clar. *§. donat. q. 6. n. 8.* Thesaur. *decis. 150.* Fachin. *5. contr. 64.* VINN. Cæterum in eo, quod ne permittente quidem patre testari potuerunt filiifamilias, deterior fuisse videtur eorum conditio, quam servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta, docet exemplum apud Plin. *lib. 8. Epist. 16.* HEIN.

Exceptis iis, quæ antea numeravimus) Qui scilicet castrense, & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, *§. ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. h. t. l. 7. §. ult. de donat.* & quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l. 2. de SC. Mac. l. 4. de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamilias patiebantur, *leg. 2. de castr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.) Refert Imperator, quibus gradibus ad summum ejus juris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium ejus Augusto tribuit, (Ulpianus Julio; *l. 1. de test. mil.* progressum Nervæ & Trajano, Ulpian. *d. loco* etiam Titi & Domitiani meminit) patetque ex illo Juvenalis *sat. ult. vers. 52.*

Scis

Soliis praeterea testandi militibus jus.
Vivo patre datur, &c.

Sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Hadriano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis, de eo, quod in castris acquisiverunt, caeteroque peculio, quod militiae beneficio adepti sunt, *l. 11. de cast. pec.* nisi his parentibus, quorum in potestate sunt, testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solorum militum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure communi, militibus etiam suo, id est, militari jure, testamentum facere permissum est. Veterani autem dicebantur, qui exauctorati sub vexillo adhuc retinebantur, caeterorum immunes, nisi propulsandi hostis, vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφεθέντες ὅτε ὁ τυχὼν. Consule commentaria Div. Lipsii in *l. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legitimae militiae.

Ad parentes eorum jure communi pertinet) Utut pater in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit, ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, haeredem sibi instituere; tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo, jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii, & pagani, nec in illo magis, quam in hoc filiusfamilias haeredem ab intestato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de cast. pec.* (4 Caeterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est, & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensia jure haereditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifamilias etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus, eosdem haeredes habere placuit, *l. 3. l. 4. Cod. de bon. quae lib. l. ultim. Cod. comm. de succ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filio u nt. intestato decedentium bona castrensia, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom, Pacius, Fabrotus, & fere quotquot sunt, tacere; jure peculii se unicum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense, non quasi haereditas, sed quasi peculium & quasi a patre profectum ad patrem redibat; verum jure successionis seu haereditatis, quae tertio loco parentibus ab intestato defertur ex constitutionibus Principum, novo quidem, sed communi jure. Nam si jure peculii ea bona adhuc ad patrem redire oporteret; nemo in iis patri praeponi posset, ac nec cuiquam deferri possent jure haereditario; sed pater tanquam jam olim sua & a se profecta statim occuparet: nisi qui putet cum Viglio dici posse, liberis aut fratribus superstitibus jus patris quiescere: illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem praedictae constitutiones non ferunt, quae omnes loquuntur de jure & ordine successionis. add. quae scripsi ad §. *ultim. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum vero interest, utrum dicamus, jure peculii, an haereditario apud patrem haec bona pertinere: quippe illo casu, mortuo filio, ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fuerint: hoc casu sine aditione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu, peculio tantum tenus creditoribus filii respondere tenetur: hoc in solidum, nisi inventarium confecerit, §. 5. *inf. de haer. qual.* illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque haec disputatio penitus sublata. Constat enim ex Nov. 118. bona filiif. sive castrensia, sive pagana adventitia non amplius jure peculii, sed haereditatis patri deferri; nec jam ordine tertio, sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus, &c.) Subjiciuntur hic quaedam alia jura, quae filiusfamilias in castrensi peculio habet, nimirum haec tria; primum, quod hoc peculium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit; alterum e superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: tertium, quod patre mortuo, id filius praecipuum habeat, ne cum fratribus communicare, aut his conferre cogatur. Quae cuncta, aliaque plura etiam jure veteri obtinuerunt. Nam, ut ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum intestatus tamquam filiofamil. decedebat, *l. 1. de Sen. Mac. l. 4. de jud. l. 4. de castr. pec.* junct. *l. 2. cod.* (5 Quae autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii propria; hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest: & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. §. non castrense 15. de collat.* idem hodie obtinet & in adventitiis, *l. ultim. Cod. eod. tit.* in solo profectitio peculio nihil mutatum est, sed quemadmodum id totum patri mansit, ita potest filio id pater adimere; ita patre mortuo cum fratribus communicandum; ita filius pati debet, ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quando ab Ulpian. traditum est *l. 3. §. sed utrum 4. in fin. de minorib.* si patris bona a fisco propter debitum occupata sunt, peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit, suum minuit: at alteri jus quaesitum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui, vel al. jur.* & fortassis debitum κατὰ χρηστικῶς Jurisconsultus accepit pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certe rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium a fisco occupari, at non ex causa debiti: longe enim major ratio est, ut peculium filii separetur patre damnato, quam cum fiscus venit ut verus creditor: quippe cum in poena nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l. 11. in summa 17. l. quod placuit 17. de jur. fisc. l. unic. Cod. pen. fisc. cred. praef. lib. 10.* Ergo, inquit, non fiscus, sed filius damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondit idem Ulp. *l. 1. §. 4. quand. act. de pec. ann.* Respondeo, fiscum etiam ea actione teneri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

Quamquam jure civili omnium, qui in potestate) Perplexe & salebrose haec traduntur. Jure civili antiquo filiusfamil. omnia patri acquirebat haud secus ac servus domino, uti dictum est §. 1. *sup. per quas pers.* primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & praecipue constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater usumfructum regulariter haberet, *d. §. 1. l. cum pater 6. C. de bon. quae lib.*

Prae-

Præter hos igitur, qui caſtrenſe peculium vel quaſi) Quamvis non tantum caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium, ſed quædam etiam bona filii adventitia ex conſtitutionibus patri non acquirantur, atque a Juſtiniano in univerſum adventitiorum omnium proprietas filio conceſſa ſit: in duobus tamen illis generibus duntaxat jus teſtamenti faciendi ei permiſſum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare eſt, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater uſumfructum: ſed cum ſint quidam caſus, quibus filio plena & ſolida proprietas acquiritur, anne tunc quidem de his bonis teſtari poſſit, non ſatis convenit. Caſus unus tum erat, cum Inſtitutiones componerentur. Nam *in l. ult. Cod. de bon. quæ lib.* ſic a Juſtiniano conſtitutum eſt, ut ſi filio hæreditas aut legatum fideive commiſſum delatum ſit, & pater filio conſentire nolit, ut hæreditatem adeat, aut relicta agnoſcat, filius propria auctoritate patre invito id facere poſſit, & ſibi hoc facto, quod relictum eſt, in totum acquirat. Novellis conſtitutionibus plures hujuſmodi ſpecies introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis, ut ne uſusfructus ad patrem perveniat: item in hæreditate fratris aut ſororis, ad quam una cum filio pater admittitur; poſtremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur, patre divortium faciente ſine cauſa: *auth. excipitur cum 2. ſeqq. de bon. quæ lib.* (6) An igitur ne his quidem caſibus filio permiſſum de peculio adventitio teſtari? Sunt qui putant, permiſſum eſſe, & Triboniano hæc ſcribenti in mentem non veniſſe *l. ult. §. ipſum autem 5. verſ. filii datem Cod. dict. tit.* ubi Juſtinianus duntaxat eo caſu, quo apud patrem uſusfructus eſt, filium de bonis adventitiis teſtari non permittit: inde enim a ſenſu contrario colligunt, in altera ſpecie adventitiorum id ei licere. Probabilis ſane collectio, niſi ipſe Juſtinianus poſtea mentem ſuam clare expoſuiſſet. Nam cum hæc ipſa quæſtio jam tum ætate Juſtiniani, nec multo poſt emiſſam *d. l. ult.* exorta eſſet, ipſe nova conſtitutione edita dubitationi occurrit, quæ eſt *l. penult. Cod. qui teſt. fac.* qua declarat, minime ſibi in conſtitutione nuper a ſe promulgata propoſitum fuiſſe, filiisfamil. in bonis adventitiis permittere teſtamenti factionem, ſive cum conſenſu, ſive ſine conſenſu patris bona poſſideant, ac proinde ſive nudam, ſive plenam eorum proprietatem habeant, ſed in hoc antiquam legem per omnia ſervari jubet. Conferantur inter ſe conſtitutiones; perſpicue apparebit, alteram alterius explicandæ, & *dict. l. penult.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *dict. l. ultim.* cauſam dederant, ſcriptam eſſe. Non enim alia lex per eam, quam *in dict. l. penult.* ait a ſe promulgatam eſſe; intelligi poteſt, quam in qua extat diſtinctio illa, cujus meminit, & ad quam ſe refert *in dict. l. penult.* utrum ſcilicet filius bona poſſideat cum conſenſu, an ſine conſenſu patris: at illa diſtinctio extat in una *dict. l. ultim.* nuſquam alibi. Sed quid quærimus amplius? Negat expreſſe *in dict. l. penult.* ſe jus teſtandi filio permittere in bonis, quæ poſſidet ſine conſenſu patris: atqui horum plenam proprietatem filio *in dict. l. ultim.* conceſſerat, neque erat tunc alius caſus, quo uſusfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Ad hæc jubet circa filiorumf. teſtamenta per omnia obſervari legem antiquam: nulla vero lege antiqua filiof. teſtamentum facere permiſſum, præterquam de bonis caſtrenſibus & quaſi caſtrenſibus: neque conceſſio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex ſola cauſa acquirendi æſtimatur. Ridiculi autem ſunt, qui per legem antiquam intelligunt ipſius Juſtiniani aliquam conſtitutionem, nominatim illam ipſam, quam explicat *lex ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit, niſi abſurdiſſime, antiquam appellare, quam initio *d. l. penult.* profitetur nuper a ſe promulgatam, nec ullas ſuas ipſius leges antiquas, cum nulla tunc eſſet biennio aut triennio vetuſtior. Noviſſimo jure ſi filiofamil. quædam alia ejuſdem generis bona pleno jure proprietatis conceſſa ſunt: nullum tamen jus de iis teſtandi ei datum legimus. *Nov. 117.* permittitur filio de hujuſmodi bonis quovis modo diſponere; at in Græco eſt διοικεῖν, quod teſtamenti factionem non comprehendit: & ſine eo etiam apertiſſimum eſt eo loco intelligi tantum diſpoſitionem inter vivos & liberam horum bonorum adminiſtrationem: quippe cum hæc diſpoſitio ei tantum permittatur, qui perfectæ ætatis eſt, hoc eſt, filiofamil. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cum tamen minor 25. annis etiam curatorem habens, poſt annum decimum quartum teſtamentum facere poſſit, *l. 5. hoc tit.* At, inquies, quod conceditur inter vivos, id multo magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuſ. Can. toll.* Reſpondeo, hanc propoſitionem nec perpetuo veram eſſe, de quo vide Eveh. *in Top.* & procedere tantum in objecto præſuppoſita habilitate perſonæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofamil argumentum ductum a jure plenæ proprietatis, quaſi eo jure conceſſo omnia conceſſa intelligantur, quæ patrifamil. in re ſua, ut ejus libertimo moderatori & arbitro, permiſſa ſunt. Patet hoc ex eo, quod filiifamil. patroni cauſarum, magiſtri liberalium artium, &c. etſi plenam proprietatem peculii quaſi caſtrenſis olim habebant, jus tamen de eo teſtandi ante Juſtinianum non habuerint, *§. ultim. præc. tit.* Nimirum, ut dictum eſt in pr. qualitas filiifamil. obſtat, quominus teſtari poſſit: ut autem poſſit de caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio, non ex eo eſt, quod ſimpliciter plena ejus proprietas filio conceſſa; ſed quia placuit id eum habere ſub qualitate patrisfamilias ut etiam de eo teſtari poſſet. Nihil movet, quod filius in hac ſpecie adventitiorum hæredem ab inteſtato habet: nam & in altera ſpecie, cum nuda eſt proprietas, habet, poteſt ex lege hæredem habere, etſi ſibi hæredem facere non poteſt; & in caſu *Nov. 22. cap. 26.* ponendi ſunt termini habiles filii emancipati: alioquin ſequeretur, etiam de iis adventitiis filium teſtari poſſe, quorum uſusfructus ad patrem pertinet. Poſtremo nullam admodum cauſam video, cur filiofamil. teſtandi facultas in una ſpecie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam ſola uſusfructus a proprietate ſeparatio impedire non poteſt, quominus jus ſit de proprietate teſtandi, *inſ. de hær. inſt. in pr. l. recte decimus 24. de verb. ſignific.* Atque etiam communis eſt Interpp. ſententia. Porro hoc conſtituto filiumfamil. de bonis adventitiis teſtamentum facere non poſſe, tractari tamen adhuc poteſt, an non ſaltem de his bonis codicillos facere poſſit, cum hæredem in his bonis ab inteſtato habeat, quem onerari poſſe fideicommiſſo conſtat, *§. præterea 10. inſ. de fideicomm. hær.* (7) Sed magis eſt, ut nec codicillos facere poſſit, propter regulam juris: *Qui non poteſt facere teſtamentum, nec poteſt codicillos, l. 6. §. penult. de jur. cod. l. 1. §. 2. de legat. 3.* Quem lex ei hæredem dedit, cum omnino omnia bona, quæ poſt mortem relinqueret, habere voluit, & quaſi addixit: tam

vi ipſa

vi ipsa [illegible] multum interest, hæredem fieri quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hæreditatem suam restitui jubeat. Plane mortis causa donationem in bonis, de quibus agimus, filio permittendam esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, l. tam is 25. §. 1. de mort. ca. don. id ei hic licere etiam sine consensu patris, arg. Novel. 117. & eorum, quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. Quamvis postea eis permiserint. Dissl. Anton. Fabian. dec. 43. err. 6. & seqq. ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa concessam filio contendit, contra expressum textum in l. 7. §. ult. de donat. Vid. D. [illegible] Mil. [illegible] 6. [illegible] cap. 6. & seq. ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis [illegible] l. si filiusf. 19. h. t. Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etsi postea testamenti factionem habere coeperit, §. seq. l. 4. & d. l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. [illegible] continetque hic etiam regula Catoniana, l. 1. de reg. Caton. [illegible] 29. de reg. jur. Interpretes communiter duos casus excipiunt, quibus nihilominus recte etiam de bonis adventitiis testatur, utique consentiente patre, si quis relinquat in pias causas, si liberos suos heredes [illegible] voluntatem sibi sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum: Tiraquell. de priv. piæ caus. [illegible] Clar. §. testamentum qu. 5. Fachin. hic cap. 11. Jac. [illegible] cap. 4. [illegible] 4. de [illegible] n. 6. Christ. [illegible] 4. n. 6. ubi in [illegible] posteriore nec consensum patris requirit. In Moribus autem regionum libere omnes, qui modo ea ætate sint, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus recte testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. D. [illegible] Leon. [illegible] 6. [illegible] 3. in fin. Perez. C. qui test. fac. n. 10. Groenew. ad l. ult. hic, & ibi laudat. quod & in Hispania obtinet, leg. 5. Tauri & ibi Gomez. atque in Germania usuque receptum, utique si liberi seorsim a patre habitent, Reinhar. p. 2. cap. 23. n. 26. De Gallia idem testatur Lud. Charond. in [illegible] in Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joann. a Sande lib. 4. t. 1. defin. 1. VINN. Quod de Germania ex Reinhero monet, nihil ad rem facit. Per [illegible] enim [illegible], quam hic Reinherus intelligit, liberi exire intelliguntur patria potestate. Ergo illi tum non testantur tanquam filiifamilias de peculio adventitio, sed tanquam patresfamilias de pecunia & re sua. HEIN.

T E X T U S.

De impubere & furioso.

1. *Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. Item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit, & decesserit. Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, jure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.*

N O T Æ.

1. *Præterea [illegible]* l. [illegible] 3 [illegible] ibide [illegible] l. 6. §. 10. & 11. ff. h. t.

Postea pubes, &c. Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aut negotium) Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, l. 8. de his qui sui vel. al. jur.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*
2 *Testamentum a furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri. Et quid si de eo dubitetur?*
3 *Cur furor postea incidens, &c. testamentum anteæ factum non vitiet, capitis minutio vitiet?*
4 *Quando locus sit regulæ: Quæ ab initio recte constituta est, resolvi, cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt?*

QUia nullum eorum animi judicium est) Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In feminis annus est duodecimus. l. 5. hoc tit. Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere, uti potest eo auctore res suas alienare, hæreditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere, etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. (1) Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve hæredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius, quam proximi, hæreditatem consequantur. Quin etiam, si hanc potestatem iis permittimus, semper operam dabunt, ut non alii, quam a quibus lucrum sperant, hæredes instituantur. Puberes autem testamenti factionem habere placuit statim a decimo quarto aut duodecimo anno completo, nec curatoris in eo consensum intervenire, d. l. 5. hoc tit. l. Aurelio 20. §. 1. de lib. leg.

Item furiosi) Furiosi quid a mente captis differant, docui sup. tit. de curat. §. sed & 4. Nimirum furiosum quidem omnem & mente captum esse sive dementem; at contra non omnem mente captum esse & furiosum, cumque mente captus a furioso distinguitur, ut plerumque fit, eum intelligi, qui cum sana mente non sit, in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Cæterum nihil refert in ullo actu aut negotio, demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furorem: constatque, quamvis furiosi tantum hic mentio fiat, ad omnes, qui mente carent, hæc pertinere, l. 2. l. Titia 13. in fin. de inoff. test.

2 *Quo furor intermissus est*) Furiosus per id tempus, quo furor intermissus est, testamentum jure facere potest, l. 9. Cod. h. t. quemadmodum & testis tempore intermissionis recte adhibetur, l. qui testamento 20. §. 4. h. t. Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiatur: nam si cœpto testamento & necdum perfecto, furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiamsi po-

postea remisso denuo furore, id quod cœpit, perficiat, *d. l. 9.* Quid si proferatur testamentum conditum a furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et si quidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfamilias sanæ mentis sic dispositurus fuisse judicetur, pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet, cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus *l. 7. c. 8.* refert de Tuditani hominis certæ ac notæ insaniæ testamento; quod a centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus*, add. Boet. *dec. 23. n. 81.* Mynf. *4. obs. cent. 2.* Mantic. *deconj. ult. vol. lib. 2. cap. 2. n. 7.* Christin. *vol. 4. dec. 6. nu. 8.* Diod. Tuld. *comm. hic, cap. 3.* Grass. §. *testamentum, qu. 2.*

Eo, quod ante fecerint, testamento valente) *in d. leg. qu. testamento 20. §. 4. hoc t.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum ante factum vitiant, §§. *seqq. l. 7. §. 1. l. is cui 18. eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantum tempus inspici testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatorem habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, Prætorem exigere, ut is, ex cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum faceret testamentum, & cum moreretur, intelligere debemus eum non hoc velle bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantum tempore testamenti facti jus testandi habuerit, sed non dari, si habuerit tantum tempore mortis, non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Si autem jus est in mutatione, quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sunt superiores. (3) Quod si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur, atque irritum fit, §. *4. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum 5. & seqq. de in just. rupt. test.* & ratio manifesta est. Quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem. Furiosus vero & prodigus, etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus hæredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium recte gestum) De matrimonio idem traditur, *l. 8. de his qui sui vel. al. jur.* (4) In cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, sive rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: sive stipulandi alia id promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc a curatore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea quæ ab initio recte atque utiliter constituta sunt, resolvi putaverunt, cum in eum casum incidissent, a quo incipere non poterant, *l. existimo 98. l. pen. §. 2. de verb. oblig. l. in ambiguis 85. 1. de reg. jur. §. ex contrario 14. inf. a de l. g.* sed tunc tantum cum casus incidens impedit, quo minus quod cœptum est, perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris. Qua de re fortullis plescula ad *dict. §. ex contrario 14.*

T E X T U S.

De prodigo.

2. *Item prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, testamentum facere non potest: sed id quod ante fecerit, quam interdictio bonorum suorum ei fiat, ratum est.*

C O M M E N T A R I U S.

Qui bona sua profundunt, nec modum, nec finem impensarum habent, parum a furiosis absunt. Plane enim quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus *l. Jul. qui 12. in fin. de tut. dat. ab his*, quam ob causam placuit, hujusmodi hominibus bonorum administratio interdici: quia interdictione & testamenti factio ipsis adempta intelligitur, quippe qui non saniore judicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint, statuturi creduntur, quam eas tractarent, si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l. cui 18. h. t.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut male Donell. ad *l. 6. de verb. oblig. n. 9.* sed si velint, curatores accipiuntur; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus, sed in hunc maxime finem, ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit) *d. l. is cui 18.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator Leo *Nov. 39.* prodigo permittit τὰ συμφέροντα ἐπιλέγειν, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint, per *leg. 1. de cur. fur.* Vide Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 3.* Groenevv. *de leg. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra §. *furiosi 3. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet ad rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cum ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

T E X T U S.

De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimus, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque facere, quæ eis permissa sunt. Sed si quis post testamentum factum adversa valetudine, aut quolibet alio casu mutus, aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.*

C O M M E N T A R I U S.

Olim etsi quis mutus tantum erat, aut surdus, testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter a

T Prin-

Principe [illegible] impetravisset, ut sibi testari liceret, *l. 7. h. tit.* [illegible] *§. 1.* [illegible] cujus juris ratio significatur a Paulo [illegible] *§.* [illegible] *4.* quia neque mutus testes rogare potest, neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde [illegible] quicquam a Principe impetrare possit, nisi qui [illegible] aut voce aut scripto possit exprimere, [illegible] mutos, qui [illegible] testari non potuisse. Justinianus, quod [illegible] erat, jus commune fecit, & [illegible] vel mutis testamentum fa[illegible] tamen temperamento, ut [illegible] non sit singulos id precibus impetrare, [illegible] *10. C.* [illegible] *h. tit.* Sic vero ille constituit, ut [illegible] mutus & surdus simul sit, [illegible] natura, is omnino testamentum facere non possit: [illegible] possit, si modo ante litteras didicerit, ut scripto voluntatem [illegible] exprimere queat. At si quis tantum mutus sit, aut surdus tantum, sive tales sint [illegible], his jure testari liceat eo modo, quo [illegible] voluntatem suam declarare possint aut scripto aut [illegible]. Quod ne muto quidem tantum qui litteras nescit, testamenti factio hac constitutione permittitur, [illegible] id, quod modo [illegible], eum, qui talis sit, nec a Principe testandi [illegible] obtinere posse. [illegible] in eadem constitutione [illegible] est, quod Justinianus credit, eum, qui surdus natus est, loqui posse, & articulatam vocem [illegible] tam certum sit, quam ei, cui auditus a natura negatus est, & sermonis usum ablatum [illegible] naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib. 20. cap. 69.* Alex. [illegible] 1. 138.

[illegible] *exaudit, &c.*) Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tarde, aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdastrum dici, [illegible], subsurdum & eos, qui graviter, aut [illegible] loquuntur, non mutos, sed [illegible] appellari; mutos autem [illegible] & fandi impotes, [illegible]. Plane muti etiam [illegible] sunt, qui [illegible] loquuntur, hoc est, [illegible] certa [illegible] vocis, [illegible]

[illegible] *&c.*) Ob eandem [illegible] testamentum [illegible], aut [illegible], quod [illegible] aut interdictione bonorum [illegible] est, non infirmari.

T E X T U S.

De cæco.

4. *Cæcus* [illegible] *testamentum* [illegible] *per* [illegible] *quam* [illegible] *D. Justin* [illegible] *introduxit.*

C O M M E N T A R I U S.

IN cæco, [illegible], ob quod testamentum facere pro[illegible] posset, & [illegible]. Quapropter & olim [illegible] potest. Cæterum [illegible] accuratior præscripta [illegible] voce [illegible] constituta [illegible] lege [illegible] *l. hac consultissima 8. C.* [illegible] ut cæcus heredem [illegible] pauci monere, [illegible]

non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem, qui voluntatem nuncupantis scriptura excipiant, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis, aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scripta accedat. 2. Adhibitio octavi testis qui testamentum scribat, aut antea perscriptum recitat. 3. Quod is testis debeat esse tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

T E X T U S.

De eo, qui est apud hostes.

5. *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit. Sed quod, dum in civitate fuerat, fecit, sive redierit, valet jure postliminii, sive illic decesserit, valet ex lege Cornelia.*

N O T Æ.

5. *Quamvis redierit*) *l. 8. h. t.* nam postliminio non vitiatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, neque testamentum, quo confirmati sunt, *l. 22. §. 5. de capt. & post.* simile est in *l. 25. eod.*

Ex Lege Cornelia) Postliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *ff. & Cod. eod.* Vid. §. 5. *sup. quib. mod. jus patr. pot.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii* [illegible] *valeat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*
2. *Hodie in orbe Christiano hujus §. usum non esse, præterquam secundum quosdam, si qui a Turcis, &c. capti fuerint.*

QUI apud hostes est) *l. 8. hoc tit.* Ratio manifesta est. Quia captus jure belli servus fit hostium; ut autem testamentum consistat, necesse est testatorem jus testandi habere, cum testamentum facit; nec postliminio vitiatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l.* [illegible] *tit. l. Divus 31. de jur. fisc.* Qui autem a prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l. 9. §. 2. de capt. & postlim.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui [illegible] exteres [illegible] *l. 11. in princ. & §. 1. hoc tit. & ib. Cujac.* [illegible] *§. testam. quæst. 25.* [illegible] *103. n. 1.* VINN. [illegible] & capti in bellis [illegible] *l. 21. ff.* [illegible] *& post.* [illegible] non habent [illegible], sed pro [illegible], quod est inventum Sullæ. [illegible] *11. 28.* HEIN.

Sed quod, dum in civitate, &c.) Testamentum ante captivitatem recte factum, etsi re ipsa irritum sit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio; postliminii, & legis Corneliæ, *leg. 6. §. pen.*

§. pen. de injust. rupt. test. illa, si captus redierit, locum habet; hæc, si in captivitate decesserit. Illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l. 9. C. de postl. rev.* inconsiderate tribuunt legi Corneliæ, quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis, cur cum postliminio reversus fingatur semper in civitate fuisse, & ita habeatur, ac si medio tempore nulla captivitas intercessisset, non convalescat postliminio testamentum, quod quis tempore captivitatis fecit? Resp. quia quod non est ante captivitatem, id nec postliminium habere potest. Non obstat, quod codicilli in captivitate scripti ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso, jure postliminii convalescant: nam eorum principium & firmamentum jam in civitate constitutum est; nimirum ipsum testamentum, quo confirmati sunt, *l. in bello 12. §. ac dic. 5. de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi 25. d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus monet, esse regulam, *media tempora non nocere, l. 6. §. 2. l. stipulationum n. 49. §. 1. de hæred. inst. §. in extraneis 4. inst. de hær. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamentum conservandam. Quippe illa definitio ad hæredem pertinet, non ad testatorem, cujus testamentum amissa civitate stare non potest. Fallitur autem Aretinus, dum respondet, procedere regulam, si medio tempore status testatoris mutatus non fuerit. Error hic perspicuus est, *d. l. 6. §. 2.* & statu non mutato, quæ, rogo, potest esse dubitandi ratio? Porro non in hac tantum parte juris, sed etiam in cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l. 5. §. 1. d. l. in bello 12. §. 1. l. retro 16. l. in omnibus 18. & passim de capt. & postlim. & Col. eod. §. si ab hostibus 5. inst. quib. mod. jus patr. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia L. lege Cornelia 12. h. t. Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit. Id est, fingit, eum qui apud hostes decessit eo tempore quo captus est, decessisse civem & familiam habentem. Quo tempore, aut quo auctore lata sit, non liquet. Quod D. Viglius putat latam esse primo bello Punico ab aliquot ex familia Scipionum, conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est, legem hanc Corneliam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib. 1. c. 42.* Et ita Hotomanno quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sancire, adeoque fortassis culpa vacant Imperatores in *l. 9. C. de postl. reversis*, ubi inconsiderate legi Corneliæ tribui ait Vinnius quod sit juris postliminii. Postliminii sane jus non solum moribus, sed & legibus constitutum dicitur, *l. 19. ff. de capt. & postlim.* HEIN. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est, nisi in iis, qui a Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l. si quis 21. §. 1. de capt. & postl.* nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneant, aliisque pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt, testari, *arg. l. 13. h. t.* Alc. *ad l. hostes 118. de verb. sign.* Duar. *ad tit. qui test. fac. p. 318.* Gail. *d. q. 25.* Zypæ. *not. jur. Belg. de test.* Sande *lib. 8. tit. 1. d. fin. 2.* Non tamen idem juris habere etiam a Turcis captos existimat, Covarr. *de pactis. p. 2. §. 11. n. 6.* Cypr. *Cons. Belg.* Groen. *de l. abrog. hic.* Illud etiam hinc observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, nam hostium numero habetur, *l. postliminium 19. §. transfugae 4. de capt. & postlim.* Jacob. Vorvvey. *de test. cap. 4.* Sande *ubi sup.*

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 28. & 29. Nov. 115.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externis testamenti solemnitatibus, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium res, quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur, quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possunt. Est que duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorumdam dumtaxat propria, & maxime parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cetera 30. h. t. de lib. & posth. hær. inst. vel exhær.* Existimaverit aliquando Hotomannus, inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendamque: *De institutione vel exhæredatione liberorum*: quod & Wesembecius tacite secutus est. Verum postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscriptio conciperetur, non eo minus probaverit, quod ostendit Theophil. eisdem argumenti in *d. l. inter cetera 30.* in præcepto quoque legis disjunctio est; *Pater filium, quem in potestate habet, aut hæredem instituat, aut nominatim exhæredato*. Exhæredare est, eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis 11. h. t.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis, qui in potestate erant, & sui hæredes, exhæredatio æque necessaria, nec omnis idem semper effectus: ritus quoque variabat pro sexu, pro gradu, prout nati jam liberi, aut nondum nati essent tempore facti testamenti; quæ omnia diligenter hic Imperator exequitur: deinde subjicit, quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris quam veteris, quam novi, adeoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

T E X T U S.

Jus vetus de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hæc observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium

in potestate habet, curare debet, ut eum hæredem instituat, vel exhæredem eum nominatim faciat. Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo hæres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti hæredes scriptæve, vel exhæredati exhæredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exhæredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exhæredari videtur, si ita exhæredetur; Titius filius meus exhæres esto: *sive ita,* Filius meus exhæres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.*

NOTÆ.

De exhæredatione] Exhæredatio est hæreditatis lege suæ ademptio: unde solis de suis hæredibus proprie dicitur, de aliis per abusionem. Aliis hæreditas defertur tantum, suis etiam datur, §. 2. inf. *de hær. qual.*

Non sufficit hæc observatio] In modo scilicet testandi & [illegible] comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit.* 10.

Ut hæredem faciat] De quo ideirco etiam inter cætera, quæ ad ordinaria testamenta pertinent, præcipuum [illegible]. *l.* 30. *ff. de lib. & post.*

Inutiliter testabitur] *d. l.* 30. Plane si filius patri [illegible] paternis se abstineat, voluntas ex bono & æquo sustinebitur, *l.* 17. *de injust. rupt.*

Vivo patre mortuus] *l.* 7. *h. tit.* propter regulam Catonianam, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 29. *l. pen. de reg. jur.*

Sed non ita de filiabus, &c.] Diversi juris rationem indicat Ulp. [illegible] §. 2. *de inj. rupt.*

Nominatim autem] Vid. *l.* 1. *l.* 2. & 3. *ff. h. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem, qui in potestate est, præterito, testamentum [illegible] [illegible] & nullius momenti esse: ac [illegible] deinde.*
2. *Filias & nepotes ex filio præteritas, olim antiquo testamentum [illegible], [illegible] jure accrescendi scriptis hæredibus.*
3 *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis hæredibus accreverint?*
4 *An eas [illegible] ad bonorum possessionem contra tabulas Prætor admiserit?*
5 *[illegible] exhæredatas, licet non nominatim, neque [illegible] habuisse, neque a Prætore ad [illegible] possessionem [illegible], modo [illegible] suissent.*
6 *An [illegible], [illegible] præteritus est, [illegible] & jure prætorio?*
7 *[illegible] se abstineat, [illegible] habere rationem [illegible], [illegible] non [illegible] sunt.*

R[illegible] hic differentia, quæ in re proposita olim [illegible] & [illegible] tam [illegible]. [illegible] erat [illegible] in [illegible]. [illegible] a patre [illegible] aut hæres institueretur [illegible], [illegible] testamentum [illegible], quod [illegible] inutile erat & nullius momenti, *l. inter cætera* 30. *hoc titul. l. filio* 17. *de injust. rupt. testam. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento hæredem non posse existere, etiamsi filius præteritus vivo adhuc patre decesserit propter regulam Catonianam, quæ sic definit: *Quæ in initio inutilis foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, ea non debet ideo valere, quia diutius vixerit*, *l.* 1. *de reg. Cat. l. penult. de reg. jur.* §. *ante penult.* 32. *inf. de leg.* & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *leg. quod initio* 29. *de reg. jur.* §. 2. *de inutil. stip.* 2. Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum est, *l.* 7. *h. tit.* §. 2. *& pen. inf. quib. mod. test. infirm.* 3. Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimatur, præteritique omnes in hac materia habentur, qui neque hæredes instituti, neque, ut oportet, exhæredati sunt, §. *eadem* 12. *inst. de hæred. ab int.* 4. Quod etiamsi filius vel ante testamentum vel in ipso testamento præteritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. §. *testam. q.* 43. *n.* 3. existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Immo forma parenti testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, *leg.* 3. *h. tit.* junct. *leg. jus publicum*, 38. *de pact. cum simil.* Vid. tamen Ant. Fab. *Cod. suo de lib. præt. defin.* 6. Christ. *vol.* 4. *decis.* 19. *num.* 4.

Exhæredem eum nominatim faciat] Nam quævis exhæredatio summovebat liberos ab hæreditate patris, sed quæ rite facta esset: non rite exhæredati pro præteritis habebantur, *l.* 8. §. 2. *contr. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus, aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat, ut nominatim exhæredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cic. *lib.* 1. *de orat. c.* 38. *Quem pater neque hæredem, neque exhæredem scripsit nominatim.* VINN. Ex hoc loco patet, jam Ciceronis ævo ab ista quodammodo recessisse promiscuam illam exhæredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & post duodecim tabulas competebat. Vid. *L.* 11. *ff. de l. & posth.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 34. Adde V. C. Sch. *Jurisp. vet. antej. p.* 638. HEIN.

(2) *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote neptæve ex filio; ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. infr. eod.* præteritis testamentum inutile erat; sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve essent, numerum hæredum augerent, *l. ult. C. h. tit.* Ulp. *tit.* 22. §. 12. 15. & 16. (3) Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iis auferebant: ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni accrescit; de quo, volente Deo, tractabimus §. *si eadem*, 8. *infr. de legat.* Ad quam partem hæredibus institutis accreverint, docet Ulp. *d. tit.* 22. §. *ex suis*, 14. *Scripti*, inquit, *hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*, [illegible] Cuj. *l.* 2. *tit.* 3. §. 1. Th. *hic.* Et [illegible] est, ita jus fuisse, non tantum cum soli aut

sui

sui aut extranei scripti essent, sed etiam cum permixtim. Finge, extraneum una cum filio æquis partibus hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque sui scripti fuerant, extraneis accrescebat ad dimidiam, suis ad virilem. Item si duo filii, unus extraneus, huic ad semissem, illis ad trientem: atque ita ex accidente veniebat, ut plus consequeretur filia præterita quam filius, aut filii instituti; quod aperte ostendit locus Pauli 3. *sent.* 4. ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus hæredibus institutis si præterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* (4) Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præteritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quæritur, an etiam eo misso bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit Prætor? Et D. Bachov. putat, magis esse, ut Prætor eos excluserit, quod perspicue falsum est. Etenim Prætorem nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent, an exhæredati, summotisque exhæredatis, præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de bon. poss. cont. tab.* junct. *l.* 2. *sec. tab.* Quod & Justinianus significat, §. *sed hæc*, 5. *infr. eod.* cum ait Prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi homines sine discrimine sexus, aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. h. t.* verba sint *Ex Prætore autem habebat*, (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*, & iterum paulo post: *Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem, vel jus accrescendi, semissem substantiæ filia præterita accipiebat*, &c. Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat, constitutione Antonini beneficium Prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant? Differentiæ rationem subobscure indicat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de inj. rupt. test. Filia vel nepos*, inquit, *quia cum emancipantur, una emancipat. exeunt de potest. testam. non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse, si jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre, quam filiam aut nepotem cum patre aut avo; id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi una potestate exeunt: videris, quæ notavimus ad §. *præterea*, 6. *supr. quib. mod. jus patr. pot. solv.*

(5) *Licebat inter cæteros hos facere*) Græci ἀθρόως hoc scilicet modo, *Titius filius meus hæres esto: cæteri exhæredes sunto*. Greg. Naz in suo testamento, οἱ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκλήρητοι, Effectus hic erat, ut ita exhæredari exhæredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, ne a Prætore contra tabulas ad bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *contr. tab. in pr.* Tantum supererat, ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. *quoniam*, 8. *de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Ceteras leges exhæredationis, Ut pore fit, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l. sed sub*, 18. *cont. tab.* ut simpliciter, non ex re certa, *l. cum quidam*, 29. *hoc t.* ut omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. & *seqq. eod.* vid. Perez. *in C. h. t. n* 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis, non rite exhæredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exhæredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exhæredationis testamenta expressa non esse, cujuscumque generis sint liberi exhæredati; ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exhæredatis querelam inofficiosi. An vero id a Justiniano mutatum sit *Nov.* 115. *cap.* 3. alibi disputabimus.

(6) *Si alius filius non extet*) Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius a plerisque responderetur, nullum exhæredatum esse, *l.* 2. *h. t.* Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit; veluti si ex Seja natum dixerit, aliterve eum descripserit, vel cum convicio, *l.* 3. *princ. eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide signatur persona, de qua qui loquitur, exhæredationem nominatim facit, *arg. l. nominatim*, 34. *de cond. & dem.* Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præteritio filii testamentum infirmabat; quod non nominatim exhæredatus pro præterito habebatur: at cæteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, quamvis non nominatim exhæredati, tamen si cætera observata essent, pro rite exhæredatis habeantur. Nondum me hinc abire sinunt Interpretes. Illud prius investigandum est, an ut testamentum, in quo filius est præteritus, nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio? Et video, maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio, quam civili improbari, Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tab.* Clar. §. *testamentum q.* 42. *n.* 1. Gomez 1. *var. resol. cap.* 11. *n.* 5. quam sententiam prolixe tuetur Anton. Fab. 9. *conj.* 14. & *decad.* 37. *err.* 5. & *v.* Argumentum eorum præcipuum est, quod in casu proposito, etiam prætorio jure succedatur ab intestato, hoc est, filio præterito detur bonorum possessio, *unde liberi*: *l. ult h. t.* §. *ult. si tab. test. null. ext.* quasi nec Prætor hic nullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. *in d. l.* 2. *contr. tab.* quam & Bart. *ibid.* prob.; item D. Vigl. *hic*, Govean 1. *var. lect.* 5. Vasq. 3. *contr. illust.* 100. & *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 28. *n.* 138. & *seqq.* tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus recte petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tab.* §. *infr. de bon. poss.* ut proinde sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 2. *in princ. de bonor. possess. sec. tab.* ubi Prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas, mox si inde occupata non sit, judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. 3. Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantum Prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulp. *tit.* 28. §. *etiamsi*, 6. 4. Quia Prætor vix majorem suarum quam emancipatorum rationem habet: quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, §. 3. *infr. eod.* & tamen si præteriti sint, testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. *l. posthumus*, 12. *in fin. pr. l. filio*, 17. *de just. rupt. test. l.* 12. §. *de bon. poss. contr. tab.* Ad argumentum autem modo propositum commode responderi potest, Prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequa-

sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet, eo jure dici testamentum valere, quo etiam succeditur ab intestato, quam bonorum possessionem secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo nec simul omnibus Prætor consuluit, sed successive: & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit; quod si illi decesserint, aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili testamentum nullum dicere possunt, admittit ab intestato ex capite *unde liberi*, ut custos & administer juris civilis, *l. ult. h. t. l. 1. §. ult. unde liberi*. Plane si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, hic jam fatentur Interpretes, Prætorem hujus testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l. filio*, 17. *de injust rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint, qui remoto filio rem ab intestato auferre possent sive extranei, teste Claro *d. q.* 43. *n.* 3. Verissima sententia, sed a plerisque aut non intellecta, aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus, tum evidentissime *d. l.* 2. *in princ. se und. tabub.* quo loco Jurisconsultus scribit, prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas a liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita vero est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita parentibus eam denegare non potest: sed sæpe accidit, ut ea sine re sit & inutilis; tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est, bonorum possessionem secundum tabulas aut cum re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat; aut sine re, cum alius jure civili evincere hæreditate possit, Ulp. *t.* 23. §. *si septem*, 5. & *tit.* 28. §. *tit* 28. Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævenisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens a Prætore accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato, sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est: quam hæredis scripti, etiam ipsi Prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet fere Prætor differre secundum tabulas dare, *d. l.* 2. *sec. tab.* Finga, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere: hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabant ab intestato, Ulp. *d. t.* 23. §. *si septem*, 5. Verum enim est, eo jure testamentum nullum esse. Sed & Prætorem existimo proximos hic prælaturum ex edictis *Unde legitimi*, & *Unde cognati*. Quapropter rarissimo & uno dumtaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nollent, quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in *fin. pr. d. l. postumus*, 12. *de in iust. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit*. Atque ad hunc ferme modum etiam disserit D. Bachov. *in §. non tamen*, 6. *instr. quib. mod. test. infr.* Ant Fab. parum hic sibi constat, ut videre est *l.* 1. *conject.* 19. & *l.* 9. *cap.* 14.

T E X T U S.

De posthumis.

1. *Posthumi quoque liberi vel hæredes institui debent, vel exhæredari: Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberi, sive fæminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit; nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundum. Sed fæminoni quidem sexus personæ nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant; dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præterita esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios & deinceps, placuit non aliter recte exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo*, Quicumque mihi filius genitus fueri, exhæres esto.

N O T Æ.

1. *Posthumi*) Posthumi, vel potius posthumi, ut scribendum docet Grot. *spars. flor. supr. ad tit. qui test. tut. dar.* dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, *l.* 6. *de in ff. test. l.* 3. §. 1. *de injust. rupt.* Plutarch. in *Coriol.* & *Syl.* Amm. Marcell. *lib.* 21. *Uxorem prægnantem reliquit, unde edita posthuma*.

Totum infirmatur) Nec hoc mutatum *Nov.* 115. *c.* 3. ut falso existimat Pac. Igitur posthumi cujuscumque sexus aut gradus præteriti agnascendo rumpunt: filiæ & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *leg.* 1. *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *de in just. rupt. l.* 30. *hoc tit.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decesserit, datur scripto hæredi bonorum possessio secundum tabulas, *leg.* 12. *de injust. rupt.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exhæredandi?*
2. *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere?*
3. *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non recte exhæredebatur absque legato?*
4. *Quam item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi?*

Dictum est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt; sequitur de posthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit, quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in princ de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cujuscumque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistit, cum præterito filio superstite testamentum injustum sit & nullum, *l.* 1. & *d. l.* 1. §. 3. *de injust. rupt.* Secundum, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt, & totum infirmant: filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam por-

ionem accrescunt, ut dictum §. *præced.* Tertium, quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis, pater aliquid legare cogitur; jam natis non item. Quartum, quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti nati.

Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur) In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti & jam nati, quia præteritus testamentum subsistere non patitur; item filiarum, nepotumque posthumorum & superstitum, qui, præteriti testamentum non rumpunt, *l.* 8. §. 1. *de inst. test.* Cajus *l.* 2. *tit.* 3. §. 2. (1) Cur vero sexus & gradus non æque in posthumis distinguitur, ut in liberis natis; placetque non minus agnatione filiæ posthumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quod fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicarunt consulti, testatorem vel ignorasse conceptionem vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteriisse. Ad hæc incertum est, filius in utero sit, an filia.

(2) *Abortum fecerit*) Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere, ex qua sperabatur. *l.* 1. *C. de post. hær.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro eo, qui in rebus humanus sit, haberi, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* Nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est, testamentum rumpat, & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero est, proprie nondum homo vel animal est, *l.* 9. §. 1. *ad l. Falc.* sed spes tantum animantis, *l.* 3. *de mor. inf.* nec in potestate patris antequam nascatur, *l. ult. de collat.* ac proinde qui mortuus editus est, neque natus, neque procreatus videtur, quia numquam filius appellari potuit, *l. qui mortuis*, 129. *de verb. sign.* Sed etsi mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de post. hær.* quia liberi non sunt, qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.*

Sed fœmini quidem sexus persona, &c.) Quamquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthumos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim recte exhæredabantur, hæ poterant & inter cæteros. At enim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter rite exhæredatio facta intelligebatur: quam si quid eis legatum fuisset, Ulp. *tit.* 12. §. *posthumus*, 21. (3) Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem posthumarum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant, illæ non poterant, ne, ut ait hic Imper. viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius præteriisse, quam clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benigne judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quod facultas fert. De filia autem superstite, quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacite eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione; uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta sunt, manifestum est, recte judicare D. Cujacium ad. *l.* 4. *h. t.* de interpolatione principii, *l.* 3. *de inj. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi virilis sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hæc*, §. immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes*.

Filios & deinceps) Certum est, verbo *deinceps* intelligi nepotes posthumos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sunt hæredes futuri sunt: nam alii testamentum non rumpunt, licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit, & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 113. *de injust. rupt.* Ait, *non aliter recte exhæredari, nisi nominatim*. Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit ne in nepote quidem exhæredatio, non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nasciturís & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire; ejusdemque omnino conditionis erant, cujus & superstites filiæ, §. *præced.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem posthumi utrisque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quam eam, quæ modo dicta est, filiam posthumam a nata separari. Deinde notanda etiam differentia inter posthumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros recte exhæredabantur, utique legato honoratæ: cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim facienda esset, nec sufficere inter cæteros exhæredatos legatum adscripsisse. (4) At enim inquies: cum nepotes nati eodem jure cum filialibus natis uterentur, cur non similiter placuit, nasciturós eodem jure uti, quo utebantur filiæ nasciturae? Jason aperte, & cum eo tacite Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sane, quod D. Hotom. putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptioni de alia voluntate parentis, quam hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quam per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maxime probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjectione legati exhæredari solita erat) quam de posthumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulp. *d. tit.* 22. §. *nepotes*, 22. scribit nepotes & pronepotes, cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjectione legati exhæredandos; sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eadem vult esse conditione, *leg.* 8. §. 1. *de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sicut filias posthumas exhæredari; cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse. VINN. Acutior est ratio hujus discriminis, quam affert Vir Clarissimus Sculting. ad Ulpian. *loc. cit. pag.* 611. quod jus circa fœminas constitutum originem debeat rationibus Vaconianis. HEIN.

Quicumque mihi filius) Positum exempli causa: ne quis

quis ex hoc colligat, nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Novell.* 115. c. 3. exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

T E X T U S.

De quasi posthumis.

1. *Posthumorum autem loco sunt & hi qui in sui hæredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes, ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus jura sui hæredis, quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut quálibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel hæredem instituere, vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum, & ita nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere, vel exhæredare, ne forte eo vivo, filio mortuo succedendo in locum ejus nepos, neptisve quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est: in qua similis exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

N O T Æ.

2. *Quamvis nepos quoque)* §. 2. *infr. de hær. quæ ab int.* §. 2. *infr. de hær. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minuto, avus decesserit, *leg. 6. princ. de injustit. rupt. l. l. 7. si tab. test.*

In ejus locum succedere) Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

Lege Julia Velleja) Cujus legis caput secundum, relatum in *d. l.* 29. §. 30. interpretati Cajus *dict. leg.* 13. & Justinianus *hic*. In casu *d. leg.* 29. §. *pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commixtis; belle Fabrot. *ad Theoph.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quasi Posthumorum varia genera.*
2. *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant?*
3. *Cur plus tributum nepti quasi posthumæ, quam filiæ aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est?*
4. *Jus antiquum circa institutionem, & exhæredationem posthumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilius circa nepotis posthumi institutionem introduxerit?*
6. *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore?*

SI cui religioso est scribere *posthumus*, is per me licet sine H. scribat *posthumus*, cum Cujacio *leg. 3. obs. 4. & comment. ad leg. Gallus, 29. hoc tit.* Illud tamen tenendum est, posthumos a veteribus proprie dici, eos qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. 3. §. 1. *de injust. testam.* Varonn. *l.* 4. Fest. *lib.* 15. Plutarchus quoque in Sylla scribit, posthumos a Romanis appellatos τὰ ἰσχὰ τῶ πατέρων τελευτῆς γενομένους, uti & *in Coriolano*. Et ideo Græcis interpretibus dicti γινοφεισμένοι quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi iique nati vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, (1) cœperunt duo quodammodo esse posthumorum genera: unum eorum, qui vere & proprie posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum: alterum qui proprie & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos Vellejano appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, Ulp. *tit.* 23. §. 2. Cajus *lib.* 2. *tit.* 3. §. 4. *l. filio*, 23. *h. t.* junct. §. 1. *infr. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *leg.* 15. *de injust. rupt. test. leg. qui bona*, 22. §. *ult. de capt. & postlim.* Ant. Fab. 10. *cons.* 9. & 10. ubi disputat, an hic posthumus & Vellejanus dici potest. Descriptus fere ad verbum hic locus est ex Cajo *leg. posthumor.* 13. *de injust. rupt. test.*

In sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo) Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, quod Imp. hic non tangit. At illi, de quibus hoc loco & in *dict. l.* 14. sermo est, & scilicet qui jam nati sunt, quo tempore avus testamentum facit, sed quibus pater & suus hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati, non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo propterea quod successione in locum sui hæredes sui hæredes fiunt; nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Velleiæ caput pertinent, *l.* 29. §. 12. *h. tit.* hi ad secundum *d. leg.* 23. §. 13. *l.* 13. *de inj. rup.*

Quia filius gradu præcedit) Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numerentur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul proximum a defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo eum in suo ordine antecedat, §. 2. *inf. de hær. qual. & diff.* §. 1. *infr. de hær. quæ ab. int.* Et ideo nepos, quem pater præcedit, nec exhæredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l. 6. 9. in princ. de inj. rupt. leg. 7. unde lib.*

(2) Sed

(2) *Sed si filius vivo eo moriatur*) Filio de familia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: qua propter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino secure testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium hæredem instituere vel exhæredare: alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori, aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

(3) *Ita & nepotem neptemve ex filio*) Plus igitur tribuitur huic nepti, quam filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *supr. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte, quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublati locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumperet, id procedendum erat ad hanc neptem, quasi posthumam, simil. conjectura pietatis, quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est, cur neptis hæc melioris etiam conditionis sit, quam nepos, qui tempore testamenti avo proximus est; quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit, *in princ. h. t.* jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit, insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum, quod particula *nominatim*, quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non reperiatur in editione, uti nec in *dict. l. 13. de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exhæredatione, quoad necessitatem; at non in qualitate aut modo exhæredandi. Etenim cum neptis ex filio adscendens in locum patris utatur jure posthumæ, sufficere debet indefinite eam exhæredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enimvero nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exhæredandam esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja provisum est) Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *leg. Gallus*, 29. §. *nunc de* 11. & *seqq. h. tit.* quorum uno permissum fuit, institui posthumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotis in locum sui hæredis succedentes testamentum rumperent, in quo ipsi instituti essent, vel exhæredati: cujus posterioris capitis explicatio a Justiniano hoc loco tradita est verbis Caji in *l. posthumorum*, 13. *de inj. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in ea relata fuerit lex Velleia, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam. Cum lege duodecim tabularum ita cautum esset. *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, *l. verbis*, 120. *de verb. signific.* hæc legis verba, *uti legassit*, sic prudenter interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac judicio statuerit, decreverit, aut imperaverit, quid de re pecuniaque sua post mortem suam fieri velit. Absurdum enim visum fuit, eam testatoris voluntatem jus facere, aut ratam haberi, quæ nec consilio, nec judicio certo regeretur. Hinc ex sententia legis persona incerta, hoc est, quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat, neque hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat; §. *incerti*, 25. *de leg. inf.* Ulp. *t.* 22. §. 3. ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum, qui in utero est, ex ejusdem legis sententia hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. *alienus*, 26. *Inst. de legat.* [illegible] propterea credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit necne masculus, an fœmina, unus, an plures nascituri. Et quamquam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus, *leg. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus, sive exhæredatus, sive præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris averteret, paulatim disputatione sui introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, institui que atque exhæredari possent: quod Cajus quodammodo significat *lib.* 2. *t.* 3. §. 2. ubi de institutione & exhæredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur a ratione juris veteris recederetur: quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enimvero quia fieri potest, ut qui tempore testamenti alienus est, suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur, an testamentum agnatione rumpatur, non conceptionis tempus, sed nativitatis inspicitur,) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredi avo nascerentur, hæredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat, posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concipit hujuscemodi formulam, *Filius meus hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximus, quibus filius meus morietur, natus erit, hæres esto*, *Gallus*, 59. *h. t.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus, quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, sive, eo modo, quo a Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus, quo suus erit; ea vis est articuli *tunc*, quod temporis extremitatem significat, *leg.* 4. §. 1. *de cond. & demonstr.* Hoc igitur modo consideratus, non alienus, sed suus est, & salva ratione juris veteris juxta formulam Aquilianam instituitur. Adhuc posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus duntaxat receptum esset, quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat, eorum, qui vivo testatore nascuntur, institutio non videbatur necessaria: quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant; licebat tamen testatori aliud testamentum condere, & rei suæ de integro prospicere: Porro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, pure poterat institui: hoc enim ut fieri posset, Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris. Postremo neque nepotis, quem filius præcedebat, nati ante testamen-

mentum factum institutio efficiebat, quominus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere: institutum esse tamquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in illis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt, quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nasciturі sunt, ut etiam pare institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exhæredati, *d.l. Gallus*, 29.§. *nunc de* 11. *cum seq. h.t.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in *dict.leg.* extant doctissimorum hominum, Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *l.*3. *paradox. c* 2. *& seq.* Anton. Fab. *l.* 9. *conj. per tot.* & multis c. *l.*10. sed nostra hæc ut prælaceant. VINN. Obiter monere visum, hanc legem proprie non dici *Juliam Vellejam*, uti in hoc §. & apud Ulp. t. 2. §.19. scriptum reperimus, sed *Juniam Vellejam*, *leg.*19. *ff.*2. *de test. tut. leg.*13. *ff. de injust. rupt. irrit.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & Senatusc. Vellejanus tribuitur, *l.*1. §.1. *ff. ad SC. Vell.* Add. laudatum Schult. ad Ulp. *loc. cit.* p. 640. HEIN.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse est; quia non sunt sui hæredes. Sed Prætor omnes tam fæminini sexus, quam masculini, si hæredes non instituantur, exhæredari jubet, virilis sexus nominatim; fæminini vero inter cæteros: qui si neque hæredes instituti fuerint, neque ita, (ut diximus,) exhæredati, promittit eis Prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

COMMENTARIUS.

1. *Emancipatos sub colore quodam suitatis a Prætore vocari ad bonorum possessionem.*
2. *Prætorem in modo exhæredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure Prætorio fuerint, quam non emancipatæ jure civili.*

Quia non sunt sui hæredes) Liberi emancipati exeunt e familia & potestate patris §. *præterea*, 6. *supr. quibus modis jus patr. potest. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *leg. pronuntiatio*, 195. §.2. *de verb. signif.* Itaque jus omne, quod in familia antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, *l.* 6. §.1. *de bon. poss. l.*7. *de cap. min.* §.3. *infr. de hær. qual.* §. *emancipati*, 9. *infr. de hær. ab intest.* Quo posito sequitur nec etiam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi, vel exhæredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

Prætor, si hæredes non instituantur, exhæredare jubet) Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est emancipationem, desierunt esse sui hæredes; tamen Prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, *leg.* 6. §. 1. *de bon. poss.* Et si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *leg.* 1. *& passim de bonor. poss. contr. tab.* & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem *unde liberi*, §. *emancipati*, 9. *infr. de hær. ab intest. d.l.*6. §.1. Itaque cum effectu juris emancipati beneficio Prætoris tantum consequantur quantum sui, bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, *leg.*1. *leg.* 2. *de bon. poss.*) ideo ait, jubere Prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exhæredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in *dict. leg.*6. §.1. *eod. tit.* ait, Prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam suitatis a Prætore admitti quasi de potestate numquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum, & in pristinum statum restituuntur, fac. *l.*3.§. *si emancipatus*, 5. *contr. tab. & ibi Glossa.*

Fæminini sexus inter cæteros) Cujac. Hotoman. Wesemb. *& inter cæteros*, quod magis placet, quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter cæteros; aut, ut Ulp. t.22. §. *mancipatos*, 23. *Masculos nominatim, fæminas vel inter cæteros*. Voluit nimirum Prætor, in modo exhæredandi servari differentiam, quam in sexu jus civile faciebat, & haud dubie etiam, quam idem jus faciebat in gradu, de quo *in princ. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas Jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento duntaxat portionem scriptis hæredibus jure civili crescerent. Quod minime absurdum est, licet id existimet Dom. Bachovius: siquidem filiæ, quæ in potestate erant, præteritæ, præter jus illud accrescendi, quod jus civile tribuebat, idem etiam jus habebant jure prætorio, quod emancipatæ (in quo erravit Bachovius, ut supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant. Quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *leg. ult. circ. princ. Cod. de lib. præt.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eamdem bonorum possessionem plus accepisse, quam accepturæ fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit) ita legendum, non *permittit*, *leg.* 7. *Cod. comm. de succ. in Basil.* ἐπαγγέλλεται (*eis Prætor bonorum possessionem contra tab.*) Testamentum, in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit: & ideo emancipato præterito, prætor non dat bonorum possessionem ab intestato unde liberi, sicut præterito, qui in potestate est: nam tale testamentum jure civili non consistit, sed rescindit testamentum patris data bonorum possessione contra tabulas, *leg.* 1. *de leg. præst. contra tab.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edicto unde liberi ab intestato succedere pos-

possunt, nihilominus hoc etiam remedium a Prætore detur, dicemus suo loco *tit. de bon. possess. lib. 3.* Quod detur, satis argumenti est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus *in tract. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque hæredes instituendi vel exhæredandi sunt secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus? Emancipati vero a patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum Prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque hæredes instituere, neque exhæredare necesse sit: cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent, si a naturali patre emancipati fuissent.*

COMMENTARIUS.

3. *Ejusdem juris*) Extra nuptias quæsiti huc non pertinent. Legitimati tamen pertinent, §. 9. *infr. de hær. ab int. Nov. 89.*

Neque jure civili, &c.) Non jure civili, quia desinunt esse sui hæredes: neque jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt, *leg. 4. si tabul. test. leg. 1. §. 6. leg. 3. §. 2. contra tab.*

Extraneorum numero) Tantum tertio loco ab intestato a Prætore cognatorum, §. 13. *inf. de hæred. ab intest. l. 1. §. 4. unde de cogn.*

Cum vero emancipati) Scilicet vivo patre naturali, §. 20. *infr. dict. tit.* Hoc enim casu, ne utriusque parentis exciderent successione, voluit Prætor, eos jus naturale liberorum recuperare, *l. 4. si tab. testam.*

NOTÆ.

1. *Insignis error Hotomanni notatus.*
2. *Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.*
3. *Adoptatos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturali non habere.*
4. *Emancipatus a patre adoptivo jus familiæ naturalis, quod emancipati beneficio Prætoris habent, recuperare.*

CUM adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque hæredum: ac natura naturalibus, *l. 1. & passim, de adopt. §. 2. infr. de hær. quæ ab int. l. 3. C. de suis & l. cum simil.* consequens omnino est, ut ipsi non minus quam liberi naturales hæredes institui debeant, aut exhæredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda, quod naturales habent, *leg. 1. in princ. contr. tab.* Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *princ. supr. supr. de adopt.* Cæterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt, quæ habent ii, qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d. §. 2. infr. de hær. ab int. N. 89.* De his dictum §. *ult. supr. de nupt.*

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus) Et igitur filii adoptivi nominatim exhæredandi, nepotes & filiæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito, aut non rite exhæredato, testamentum ipso nullum est, filia & nepote præteritis, firmum manet, sed præteriti institutis hæredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt initio hujus tituli (1) Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiæ adoptivæ, quam naturalis; quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *leg. 8. in princip. de injust. rupt. est.* Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci, non de præteritione filiæ, quæ jam antea a testatore adoptata fuerat, quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum; quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguatur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *eod.* testamentum rumpit quasi agnatione sui hæredis.

(2) *Emancipati a patre adoptivo neque jure civili, &c.*) Jura liberorum adoptivorum non diutius durant, quam quamdiu constat adoptio; ea per emancipationem dissoluta, nullum amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui hæredes; sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt: ut esset ratio naturalis & æquitas edicti, *l. 4. unde liberi, l. 1. §. & sui, 6. l. 3. §. 1. contr. tab.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. & §. eadem, 12. infra de hæred. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem *unde liberi* ab intestato, *l. 1. §. liberos, 6. dict. leg. 4. unde lib. §. minus ergo, 15. & dict. §. eadem 22. de hær. ab int.*

(3) *Quamdiu sunt in adoptiva familia, extraneorum numero*) Liberi adoptati, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantum jure civili, verum etiam eo jure, quod pertinet ad edictum Prætoris. Etenim Prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis faciant; absurdum autem esse, unum atque eumdem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentorum nullum dicere possunt, neque jure Prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, neque quasi liberi ab intestato, §. *at hi, 10. cum seqq. infr. de hær. ab int.* fac. l. *ultim. unde lib.* tantum tertio ordine hoc casu admittuntur ut cognati, §. *admonendi, 13. dict. tit.*

(4) *Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant, &c.*) Quoniam emancipati a patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusve parentis successione fraudentur, voluit Prætor, eos jus familiæ naturalis recuperare, *d. leg. 4. unde lib.* hoc est, eo jure haberi, ac si a vero & naturali patre emancipati essent: inque eo statu semper mansissent, ut nisi hæredes instituti, aut exhæredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui a naturali parente in ado-

adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari sciverit, postea iterum a patre adoptivo emancipetur, dum tamen vivo adhuc parente naturali. Quod omnino addendum est *d.* §. *at hi*, 10. *inf. de hær. quæ ad int. def.*

T E X T U S.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & fœminas in hoc jure nihil interesse existimavit, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur; quod & Prætores postea sequuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in filiabus & in cæteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis introduxit, ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur: & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda & hæreditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti, postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam introduximus divisionem, quæ in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

N O T Æ.

5. *Nostra constitutio*) *L.* 4. *Cod. hoc tit.* ex qua petenda interpretatio hujus §.

Lege 12. *tabularum*) *L.* 14. *Cod. de legit. hær.* ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

Per virilem sexum) Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exhæredationis liberi extranei sunt tam jure Prætorio, quam civili, *infr.* §. *ult.*

Ut omnes) Tam filiæ & nepotes neptesque, quam filii, & tam nascituri, quam jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis *supr. in pr.* quam emancipatis, *d.* §. 3. tam in jam natis, quam in posthumis, §. 1. *supr.* Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

In utero constituti) Ut filiæ posthumæ non nominatim exhæredatæ agnoscendo rumpant, licet legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. *sup.*

COMMENTARIUS.

1. *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis, & modum exhæredationis liberorum, ratione sexus.*
2. *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexu inter posthumos.*
4. *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus?*

HUC usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. Cod. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterum iuris, de quo disputavimus, differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, jussitque omnes, sive mares sint, sive fœminæ, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exhæredari, sive de jure civili quæratur, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam affert, qua motus, novum hoc jus constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus fœminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio) Prima ratio introducendi novi juris, quod fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ funguntur. Et ideo in constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non solos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Cæterum ut demus hoc verum esse, & utique hoc verum est, naturam utroque sexu ad conservationem humani generis æqualiter indigere: ratio tamen hæc tanti non est, ut propter eam jus vetus tanquam iniquum mutari debuerit: sane non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos a fœminis in successione parentum sive testamentaria, sive ab intestato fecernit: alioqui & ipse naturæ auctor accusandus fuerit, qui filio superstite a successione patris excludit filiam. *Num.* 28. *vers.* 8. sunt enim & alia, maximeque jura familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis, quam fœminas, iniquum non est.

Ex lege antiqua duodecim Tab. omnes similiter) Ratio alia, qua argumentando a successione ab intestato ad testamentariam novi sui juris æquitatem commendat. Notum autem est, leg. duodecim Tab. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus, quam filios ad hæreditatem intestati parentis vocari. Quin & nepotes neptesque ex filio, qui in potestate sunt, si filius suus hæres esse desiit, *l.* 1. §. 2. & 3. *de suis & leg.* §. 2. & 6. *inf. de hær. ab int.* & tamen distinctio inter sexum, & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, *arg. l.* 8. §. 1. *de inj. rupt. test.* & certe plus est evertere testamentum, quam jus succedendi ab intestato habere. Ait: *Quod & Prætores postea secuti videntur*; scilicet in danda bonorum possessione ab intestato. Nam testamento facto filiabus inter cæteros exhæreditatis contra tabulas bonorum possessionem non Prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exhæredatis legatum adscriptum erat, §. 1. & 3. *sup. l.* 8. *in princ. cont. tab.*

Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis) His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exhæredationis, quæ præcedentibus §§. ex eo jure relata est. Et primum exæquantur liberi in sexu, (pertinent autem hæ exæquationes ad utrumque jus, prætorium, & civile) jubenturque tam filiæ, quam filii, si hæredes non instituantur, nominatim exhæredari præteritis, aut non nominatim exhæredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exhæredati, illi jure civili, hi jure Prætorio habent. Filiabus igitur, quæ in potestate sunt, præteritis, jus testamentum nullum dicendi, emancipatis evertendi per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque quod in *princ. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hasce exhæredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret

a jure

a jure accrescendi, & Prætor a bonorum possessione contra tabulas, *l. 8. cont. tabul.* Nihilominus illud remedium eis supererat præter unam querelæ inofficiosi, *a g. d. l. 8. junct. §. ult. inf. h. t.* Nunc enim post constitutionem Justiniani, etsi exhæredatæ sint, non tamen nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quam si filius inter cæteros exhæredatus sit; patetque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cedente querela inofficiosi testamenti, *d. l. 8. §. 2. cont. tab. junct. §. 2. inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod Prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exhæredatæ: nunc enim tamquam præteritæ a Prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exhæredatos pro præteritis & olim Prætor habuit, §. *emancipatos sup. eodem.* (2) Secundo tollitur differentia graduum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filii, quoad utriusque juris effectum. Ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt, vel nominatim exhæredandi, iisque præteritis aut non nominatim exhæredatis perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius, qui in potestate est, præteritus aut non nominatim exhæredatus esset, cessetque jus vetus accrescendi, quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur, *d. princ. hujus t.* & Prætor etiam generali tantum clausula exhæredatos tamquam præteritos nunc agnoscit. (3) Deinde ut filio emancipato non instituto, neque nominatim exhæredato, Prætor dat bonorum possessionem contra tabulas: ita & natis ex eo, qua patrem eos non præcedit. Per *l. 3. in princ. & §. 3. cont. tab.* Tertio tollitur differentia inter natos & posthumos, & simul, quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, instituenturque & filiæ posthumæ & neptes ex filio instituti, aut nominatim exhæredari, perinde ut liberi jam nati & posthumi masculi: idemque jus datur filiabus & neptibus posthumis præteritis, vel non specialiter exhæredatis, quod posthumis masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant: etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri §. 1. *sup. eod.* quo jure cum nec Prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l. 8. cont. tab.* necessario hoc casu erat posthumis fœminis querela inofficiosi testamenti, §. 2. *inf. test.* nunc autem & jure civili tamquam præteritæ rumpunt, & a Prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam, cum sequentia demonstrant, tum apertissime *d. l. ult. vers. sancimus, & seq. C. d. hoc tit.*

Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.) Hallucinatur Barth. *in auth. ex causa, C. d. h. t.* & cum eo fere Interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. n. 43.* & Jul. Claro §. *testamentum q. 42. n. 2.* (4) tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est; his verbis, *ut omnes sive emancipati, eumdem habebant effectum, quem filii sui emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis, sed cum filiis suis cæteros suos liberos, cum filiis emancipatis cæteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum fœmineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filiæ, nepotes, neptes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum sui & suæ ac suorum, & jus, quod sui habent jure civili, alii autem adjiciat emancipatorum, & jus, quod illi habent jure Prætorio, ut sui sive præteriti præteritæve, aut nominatim non exhæredati exhæredatæve, adjiciatur filii sui testamentum ipso jure rumpant, alii sive adjiciatur filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem statum hoc non patiantur. Quibus fere verbis Justinianus utitur in *d. sua constit. ver. sancimus*, Thalel. ad *l. 1. §. 1. Cod. commun. de man. let, in aliquo parte conditione nulla est inter liberos distinctio.* [illegible] præteriti, [illegible] emancipati, contra tabulas [illegible]. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim Tabul. non distinguebat sexum & gradum in suis, Prætor non distinguebat in emancipatis; ita nunc similiter in causa testamenti eamdem vult servari simplicitatem jure civili in suis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est a Justiniano. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi: nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicue falsa esse constat. Et demum longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet, ex *Novella 118. cap. 1.* quæ tamen exæquatio ne recte accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hæreditatem capere possint citra beneficium Prætoris; non ut ipso jure, ut sui hæredes existant; sed ut ne fiant hæredes hæreditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam, intelligitur, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit, quam ut non suis hæredibus præteritis concedi debeat.

Circa ad posterius certum inducimus dividendum. L. penult. C. de adop. Cujus sententia refertur §. 2. *sup. de adopt.* (5) Et iterum plenius §. *sed ea, 14. inf. de hæred. quæ ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui a patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum ut nec a Prætore jure liberorum censerentur, sed agnatorum dumtaxat. Emancipati autem a patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio Prætoris habent emancipati a patre naturali dum in eo statu manent: cæterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus, ne legitimis aut scriptis hæredibus semel delata aut quæsita hæreditas auferetur, §. *at hi, 10. inf. de hæred. ab int.* Unde cum fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret, patris naturalis, quod eo moriente adhuc esset familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi, si postea emanciparetur, huic incommodo a Justiniano occursum est, cautumque, ne liberi a patre naturali in adoptionem dari jus successionis, aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam si avus nepotem ex filio emancipato in adoptionem acceperit. Hoc constituto, jam per se intelligitur ei, qui extraneum adoptaverit, nullam necessitatem imponi hanc vel instituendi vel exhæredandi, sive jus civile, sive Prætorium con-

commutares, sive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficiosi, sed patri naturali, in cujus potestate manet; qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exhæredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. penult. Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, vid. sup. de adopt. Sed neque necessitatem exhæredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus, quoniam suos hæredes non habemus: valetque in his regionibus testamentum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique duntaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 5. Grot. lib. 2. manud. c. 18. de quo plura alibi.

T E X T U S.

De testamento militis.

§. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exhæredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exhæredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.*

N O T Æ.

6 *Constitutionibus Principum*) Gordiani in *d. leg.* 9. & Philippi in *l.* 10. *Cod. de test. milit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi?*

Militibus jure militari testantibus non solum remissæ [illegible] solemnitates, tam externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur, sed etiam interna illæ, quæ ad [illegible] pertinent, hoc est [illegible] vel institutio vel exhæredatio; [illegible] [illegible] habere, aut uxorem [illegible] exhæredationis, *l.* [illegible] *seqq. C.* [illegible] [illegible] *l.* 12. [illegible] Ait, in [illegible]. [illegible] extra [illegible] expeditionem [illegible] testamentum faciat, quia [illegible] communi ordinare debet, [illegible] erit, [illegible] civili jure, neque [illegible], quod [illegible] *l.* 9. *Cod.* [illegible] filius queri non posse de inofficioso testamento [illegible] militari, vel [illegible]. Nam ut [illegible] possit, necesse est, [illegible], at [illegible] communi [illegible], in quo [illegible], aut [illegible] querantur, [illegible] Prætor eos non [illegible], si de [illegible], ut [illegible] non rumpant, §. 2. *inf. de inof. test.*

Non ignorans an habeat liberos) Quoi militis præteritio [illegible] liberorum, voluntati [illegible] ex [illegible] est, [illegible] testamentum sustinet, & [illegible], *l.* 1. [illegible] *l.* 1. *C. eod.* [illegible] autem voluntas exhæredandi [illegible] non est, ubi quis [illegible] liberos, [illegible] præteritis alios hæredes instituit: ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum [illegible] nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset, eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quia, quod omnino credendum est, si scivisset se habere liberos, eos ipsos, non alios sibi hæredes scripturus fuisset, *d. l.* 9. & *l. seq. Cod. eod. tit. l. si filius fam.* 33. §. 2. *eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam a milite præteritorum, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio Prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. militis*, 36. §. 2. *de test. mil.*

Pro exhæredatione nominatim facta) Sequitur ergo, nec liberos suos scienter a patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exhæredatis perfugium? Nequaquam *l. si inofficiosum* 27. §. 2. *de inoffic.* [illegible] *l.* 9. *l. testamentum* 24. *l. ult. Cod. eod.* Plane [illegible] eos petere posse per condictionem ex lege, *arg. auth. Presbyteros C. de Ep. & Cler.* Glossa & Cyn. *in d. l.* 9. tradiderunt. [illegible] Hoc autem totum jus, cum sit singulare & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio est, quamobrem cum Claro §. *testam.*, *q.* 40. *n.* 6. Grass. §. *test.* [illegible] 7. *n.* 3. & Interp. vulgo dicamus sublatum esse. Nov. 115. [illegible] 3. generalique constitutione etiam milites, & militaria testamenta communi, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad conditionem paganorum, quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exhæredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic post Lud. Roman. in *d. l.* 9. observavit, & tandem re diligenter inspecta probat D. Tulden. *in cap. de test. milit. n.* 6. item D. Perez. *ibid. num.* 12. add. Vasq. *l.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *n.* 51.

T E X T U S.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut hæredes instituere, aut exhæredare, sed possunt eos silentio omittere. Nam silentium matris aut avi materni, & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit, quantum exhæredatio patris. Nec enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exhæredare necesse est, sive de jure civili quæramus, sive de edicto Prætoris, quo Prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

N O T Æ.

7. *Silentium matris, &c. tantum facit*) Et hoc etiamsi mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non intercidunt, quia color dementiæ [illegible] nequit, *l.* 27. §. *ult.* & *l.* [illegible] *de inoff. test.*

Sive de jure civili) Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valeat, non nominatim exhæredati testamentum tollunt aut rumpunt, §. 5. *sup.*

Edicto Prætoris) Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem: non qui nec sui sunt, nec esse desierunt, *d.* §. 5. *l.* 1. *l.* 4. §. 2. *cont. tab.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Quod matris præteritio vim exhæredationis habeat, id facere conditione liberorum.*

2 *Propter eamdem conditionem præteritos a matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*

3 *Explicatur locus Pauli l. 4. §. 2. cont. tab.*

4 *Quodnam sibi illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio?*

QUod militis præteritio vim exhæredationis habet, ex privilegio est; quod matris & avi materni, facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §.3. *inst. de her. aquat.* (1) Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectaverit, quam naturam, non eodem modo materna bona liberis addixit, ut paterna; non sic, filius maternæ quoque dotis, viva adhuc ea, dominus quodammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si ea alium hæredem instituat filio præterito, nullam, quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit, cum suum ei non adimat, & ideo frustra etiam requiratur exhæredatio; immo nec proprie dici possit filium exhæredare, cum exhæredare sit suam filio hæreditatem adimere, siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exhæredatio patris. Et hoc, etiamsi ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, *d. §. in inst. 27. § ult. & l. seq. de in sf. test. facit huc l. 4. §. 2. de bon. poss. cont. tab. l. nulla 13. de suis & legit. hær.*

Sive de jure civili) Quia, ut diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expresse exhæredes esse jussi sint, *l. in suis 11. h. tit.* (2) Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinet, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item duntaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferebant *supr. princ. hujus tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exhæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. 5. *inst. h. t. sup. ead.*

(3) *Sive de edicto Prætoris*) Paulus *l. 4. §. 2. conc. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantum hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maxime, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §.3. *sup. eod. t.* Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum id non pertinere ad eos liberos non suos: qui & numquam sui fuerant: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam a Caio expressum videtur *l. nulla 13. de suis & leg. hær.* Nimirum Prætor, quo minimum a ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex medicalis progeniti essent, rationem habuit, & jus suitatis, quod emancipatis abstulerat, capitis diminutio recissa ea, restituit, *l.6.§.1. de bon. poss.* Atque ita jus a se introductum specie quadam suitatis colorabit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

(4) *Aliud eis adminiculum servatur*) Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo, quod a patre exhæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamento turbari poterant, *leg. 8. in princ. sont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exhæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis a matre, sua iure iisdem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit.* 18. quo loco simul discemus, id etiam parentibus itque exhæredatis, vel præteritis, nonnumquam & fratribus dari. Cætera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab Interpretibus disputari solent; veluti an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem adscendentium pro exhæredatione sit: an liberis a patre præteritis testamentum adhuc sit irritum, tum quoad legata & cæteros articulos, quam quoad institutionem: an formæ exhæredationis aliquid adjiciatur, quo non observato testamentum, quod jure veteri substituisset, nunc sit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam hujus, harum & vicinarum regionum, quod etiam a novissimo Justinianaeo, quoscumque Interpretes sequare, multa te ostendemus recedere.

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.

Ratio dispositionis & argumentum Tituli.

DIctum hactenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id justum ratumque esse velint; sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. *ante* 34. *infr. de leg.* propterea quod sine ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere; quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exhæredandi certas personas. Inde dictum, eum qui neque legaturus quid est, neque quemquam exhæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere ut dicat, *Lucius hæres esto l. 5. §. 3. h. tit.* Hæredem instituere esse scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. quoniam 15. C. de test.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulp. *tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris, aut voluntate defuncti: in tertia de forma seu modo instituendi, atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

T E X T U S.

Qui possunt hæredes institui?

Hæredes instituere permissum est tam liberos homines,

quam

quam ſervos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem ſecundum plurium ſententias non aliter, quam cum libertate, recte inſtituere licebat. Hodie vero etiam ſine libertate ex noſtra conſtitutione eos hæredes inſtituere permiſſum eſt. Quod non per innovationem induximus, ſed quoniam æquius erat, & Atilicino placuiſſe Paulus ſuis libris, quos tam ad Maſurium Sabinum, quam ad Plautium ſcripſit, refert. Proprius autem ſervus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem teſtator habet, alio uſumfructum habente. Eſt tamen caſus, in quo nec cum libertate utiliter ſervus a domina hæres inſtituitur, ut conſtitutione Divorum Severi & Antonini cavetur. Cujus verba hæc ſunt: Servum, adulterio maculatum, non jure teſtamento manumiſſum ante ſententiam ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejuſdem criminis poſtulata, rationis eſt. Quare ſequitur, ut in eumdem a domina collata hæredis inſtitutio nullius momenti habeatur. *Alienus ſervus etiam is intelligatur, in quo uſumfructum teſtator habet.*

NOTÆ.

Hæredes inſtituere] Scribere, vel nuncupare, *l. 1. §. 1. ff. eod.* Eſt autem hæredis inſtitutio caput & fundamentum teſtamenti, §. 34. *inſ. de legat.* neque enim ſine ea teſtamentum poteſt conſiſtere, §. 2. *inſ. de fideicomm. hæred.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. 15. Cod. de teſtam.*

Quam alienos] Si modo eorum ſervi ſint, quos ipſos hæredes inſtituere poſſumus: nam ex perſona domini cum ſervis teſtamenti factio eſt, *diſt. leg.* 31. Ulpian. *tit.* 22. §. 8. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 2.

Sine libertate] Ita & *ſup.* §. 2. *qui & ex quib. cauſ. man.* Id eſt, omiſſa libertatis datione. Conſtitutio extat in *l. pen. Cod. de ſerv. nec. hær.*

Non per innovationem] Quia jam olim idem quibuſdam placuerat, ut mox ſubjicit. Quod autem obtinet, ex nova eſt Juſtiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum *d.* §. 2.

Adulterio maculatum] Apud Marcian. *l.* 48. *hoc tit.* unde hic locus deſcriptus, legitur *accuſatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; nec obſtat *l.* 8. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* Græci quoque [illegible], non [illegible]. Et ad *l. 1. Cod. qui non poſſ. ad lib.* [illegible], *ſuſpectam*, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Qui in quantum hæreditatem capere non potuerint?*
2 *Qui & in quantum hodie hæredes inſtitui vetentur?*
3 *Inſtitutionem ſervi alieni ſuſtineri ex perſona domini proprii ex conſequentia libertatis.*
4. *Quid juris in ſervo communi ab uno e dominis hærede inſtituto?*
5. *Quid in inſtituto a domino nudæ proprietatis?*
6. *Quam rationem habeat caſus ſpecialis hic relatus?*
7. *Quid ſi ſervus hæres inſtitutus ſit a fructuario?*

TAM *liberos homines, quam ſervos*] [illegible], nam dicendum potius erat, *tam ſervos quam liberos*, hoc eſt, non minus ſervos, quam liberos, quomodo hoc expreſſit Cajus *l. non minus* 31. *h. t.* quoniam de liberis res certior. (1) De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quam quod hæredes inſtitui poſſunt. Et an ergo poſſunt omnes promiſcue & ſine exceptione? nequaquam. Nam primum illi ſoli ex hominibus liberis inſtitui poſſunt, qui ſunt cives Romani; peregrini non poſſunt, ſive ſemper tales fuerint, ſive per ſententiæ ſeveritatem ad peregrinitatem redacti ſint, *l.* 6. §. 2. *hoc tit. l. 1. Cod. eod. fac. l. ſunt quidam* 17. §. 1. *pæn.* Peregrinorum numero erant & dedititii; erat & Latinus Junianus, niſi quod hic capere hæreditatem poterat, ſi mortis teſtatoris tempore civis Romanus factus eſſet, Ulp. *tit.* 22. §. 1. & 2. Cæterum Juſtinianus differentias libertinitatis ſuſtulit data libertinis omnibus civitate, §. *ult. ſup. de libert.* Sed nec qui cives ſunt, omnes inſtitui aut olim poterant, aut nunc poſſunt. Lege Voconia cautum erat, ne qui cenſus eſſet, virginem, neve mulierem ſupra quadrantem ſuorum bonorum hæredes inſtitueret. Cic. *Verinn. 3. de præt. urb. & in orat. pro Balb.* Dion. *lib.* 56. Gell. *lib.* 1. *cap.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cælibes, niſi qui genere eſſent proximi, quicquam ex teſtamento civis Romani capere. Ulpian. *diſt. titul.* §. 2. ita tamen, niſi intra centum dies legi paterent, hoc eſt, matrimonium contraherent, idem Ulpian. *titul.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo, quam dimidiam partem eorum, quæ relicta erant; pars altera fiebat caduca, id eſt, fiſco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis teſtamento capere licebat, quam relictorum partem decimam: idem Ulpian. *titul.* 15. & *ſeq.* Hinc natæ cautiones illæ de inſtituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicquam, vel ſolidum ex teſtamento capere legibus iſtis prohibebantur. Vid. *l. in tempus* 62. *l. qui non vult* 78. §. *ult. hoc tit. l. cum ei* 42. *l. ſi Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pupill. ſubſt.* 16. §. *ſi qui* 15. *ad SC. Trebell. l.* 13. §. *ult. de jur. fiſc. cum ſimilib.* quæ niſi hinc lucem accipiant, intelligi non poſſunt. Poſtea pœnæ cælibatus, orbitatis, & legis decimariæ ſublatæ ſunt, *l.* 1. & *l.* 2. *Cod. de infirm. pœn. celib.* (2) Qui autem inceſtis nuptiis ſeſe polluerunt, illi nec hodie aut ſe mutuo, aut propudioſam ſobolem inſtituere poſſunt *l.* 6. *Cod. de inceſt. nupt.* nec mulier adulterum ſuum, aut hic illam, *l.* 13. *l.* 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quam cæteri cives, non ab extraneis tantum, ſed etiam a patre, idque in ſolidum, hæredes inſtitui poterant, *l. Lucius* 45. *de vulg. & pupill. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Paleoth. *de noth. ſpuriiſq. fil. cap.* 35. & *ſeq.* & contra ſentientes Alciat. 4. *parerg.* 5. Anton. Fab. *juriſpr. tit. 9. princ. ill. 1.*) ex conſtitutione Juſtiniani *Novella* 89. *cap.* 12. unde *auth. licet*, *Cod. de nat. lib.* unicam tantum unciam ex patris teſtamento capere poſſunt, ſi ſuperſtites ſint liberi legitimi: octo uncias, ſi ſoli ſuperſtites teſtatori parentes. Qua in re mitior Juſtinianus erga liberos naturales fuit quam Conſtantinus, *l. 1. Codice de natur. lib.* aut etiam Arcadius, & Honorius, *l. 2. Cod. eodem*. Vid. Graſſ. §. *inſtit.* 1. *quæſt.* 7. Palæot. *diſt. loc.* Conſtitutione Leonis & Anthemii vetatur conjugi ſecundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l. hac edictali* 6. *Cod. de ſec. nupt.* Porro Principum Chriſtianorum conſtitutionibus vetantur hæredes inſtitui apoſtatæ, *l.* 3. *Codice de apoſtat.* item hæretici, *l.* 4. *Codice de hæret. & Manich.* quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non ſunt, accipiendum eſſe arguit conſtitutio Juſtiniani *Novella* 115. *cap.* 3. [illegible] ponit inter juſtas cauſas exhæredationis & excluſionis a ſucceſſione ab inteſtato.

Pa-

Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres recte instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accurate disserit.

(3) *Et tam proprios, quam alienos*) Cum servis qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio, si dominus civilis Romanus sit, & jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. non minus* 31. *l. si paterfam.* 40. *hoc titul. l.* 10. *de acquir. rer. domin.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo erit, *argum. l. non minus* 31. *hoc titul. fac. l.* 12. §. 2. *de legat* 1. *l. si Titio* 55. §. 1. *de legat.* 2. Ulpian. *titul.* 22. §. *alienos* 8. Vide tamen, quæ notavimus ad §. *in extraneis* 4. *infr. de hæred. qualit. & differ.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus eam sustineri ex persona domini; quippe quia ipse testator est, sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est, ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter, quam cum libertate, hodie etiam sine libertate.) Plerique veterum in ea sententia fuere, ut putarent servum proprium non aliter recte hæredem institui, quam cum libertate, non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere ob rationem quam indicavimus *supr. qui & ex quib. caus. manum* §. 2. Justinianus vero etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. penult. Codice de nec serv. hæred.* quod cum humanis & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est, quippe quia hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam, ut liber sit; cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro* 32. §. 2. *de test. tut.* §. 1. *sup. qui testam. tut. dar.* non admittatur idem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. penult.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Cæterum quem testator hæredem instituit, eum vicissim majore prosequitur affectu atque honore, quam quem liberis tutorem dat. Enimvero consequentia legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. penult.* §. *illo* 2. quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus* 76. *hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & dicta constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest

Quod non per innovationem) Supra tamen §. 2. *qui & ex quibus caus. man.* profitetur, sed id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim, quod hic constituitur, placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id, quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant, servum proprium sine libertate hæredem institui posse, Ulpianus *titul.* 22. §. 7. 12. & sententiæ istius abrogationem. VINN. adeo verum videbatur, servum nisi libertatem plenam consequutum, institui non posse, ut nec servus, qui tantum in bonis erat, institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento, liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec hæres esse poterat, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpianus *tit.* 22. §. 8. HEIN.

Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem) Servus proprius vel in solidum est, sive unius domini proprius, vel pro parte, & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergo, an quod hic constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno e dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habeat, pertineat? (4) De communi servo ita jus vetus fuisse constat, ut si unus e dominis libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur, & socio accresceret, §. *ult. supra de donat.* ac proinde socio quoque hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset: Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habebant, videlicet ut liceret militi servum communem libertate donare, eo effectu, ut socius hoc casu partem suam vendere teneretur & accipere pretium, voluit jus esse commune omnium civium, *l.* 1. *princ. &* §. 1. *Codice de comm. serv. man.* Post quam constitutionem certum est, servum communem, quem unus e dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidum proprius hæres simpliciter institutus sit? argument. hujus loci. Et id quidem Dom. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis *in fin.* §. 1. *& hoc moriturus dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observat Dom. Bachovius. Et quia ratione partis, quam socius habet, servus alienus est, quidni quod responsum est de legato servo communi relicto, totum id ad socium pertinere? *l. verum* 63. §. *si servo* 9. *pro soc. l. Plautus* 49. *in princip. ad legem Falcid.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum, & hæredem fieri? VINN. Recte. Nam dum hæres institutus est servus communis, hæreditatem totam acquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte hæredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino. Tribonianismum observanti in *l.* 63. §. 3. *ff. pro soc.* jam respondit Vir Clarissimus Schultingius ad Ulpianum *pagina* 637. HEIN. (5) De servo, in quo testator nudam proprietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus, eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationis juris, *l. recte dicimus* 25. *de verb. significat.* Et ergo etiam hic servus a domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate, sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber hæres erit, *d. l. penult. Cod. de nec serv. hæred. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis* 4. *sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus acquiret, quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si se-

f[illegible] constitutionem *l.* 1. *Cod. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod pr[illegible] tempore post de communi servo constitutum est, *l.* 1. *Cod. de comm. serv. man.*

[illegible] *Est tamen* [illegible], &c. Refertur hic ex *lege his verbis* 40. §. 2. [illegible] casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui [illegible] est in muliere adulterii postulata. Hæc [illegible], [illegible] suam suspectam criminis ante [illegible] cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, ne [illegible] per manumissionem quæstioni subtrahatur, *l.* [illegible] 12. *qui* [illegible] *a quibus man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterii maculatum*, id est, suspectum fama & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulteri reos simul marem & feminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *leg.* 8. *Cod. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in [illegible] *leg.* 68. §. 2. unde hæc sumpta sunt, eodem modo ut hic legendum esse arbitror, non ut ibi, *adulterii* [illegible]. [illegible] vertit, [illegible], [illegible], non dixit, [illegible].

Alienus servus, & qui usumfructum, &c. Igitur hic servus a fructuario hæres institutus, nec hæres, nec liber erit, sed hæreditatem acquiret proprietario, ad instar servi plane alieni, §. *seq. vers. alienus quoque.* [illegible] Et vero post mortem fructuarii finitur ususfructus, & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jusserit, adhuc idem dicendum est, quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianeæ, *l.* 2. *vers. sin autem Cod. comm. de man.* de servo a vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat ususfructus, quia, ut dictum est, morte fructuarii jus illius omne extinguitur.

T E X T U S.

Si servus hæres institutus in eadem causa manserit, vel non.

1. *Servus autem a domino suo hæres institutus, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hæreditatem potest: quia non fit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hæreditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit hæres, nam ipse alienatus neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, ejus domini jussu adire hæreditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo, antequam adeat, suo arbitrio adire potest hæreditatem.*

N O T Æ.

2. *Destitisse a libertatis datione*) Quod si testator eum postea redemerit, reviviscit libertas & institutio, *leg.* 9. §. 16. *leg.* 50. *eod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l.* 13. §. *de lib. & posthum.* solum procedere, cum servus in eadem causa manet.

Jussu novi domini) *leg.* 62. §. 1. *de acq. hær.* *l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* ubi hæreditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulpianus ait.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem institutionis effectus? & num.* 2.
2. *Quod circa idem instituto servo alieno?*

Hoc constituto, non minus servos posse hæredes institui, quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem hæreditatis, primum in servo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita distinguitur, ut referat, utrum in eadem conditione servus manserit, an non manserit, propterea quod vel manumissus sit, vel alienatus. (1) De servo proprio hærede instituto ait: *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber hæresque necessarius.* *In eadem causa*, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque a domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius*: ideo sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres fit, §. 1. *infr. de hæred. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quam suæ memoriæ reservare malebant, §. 1. *supra qui ex quib. caus. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubie hæc est, quod cum honori testatoris nonnihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cum hæreditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, *leg.* 13. §. 1. *de lib. & posthum.* *l.* 6. §. *ult. hoc tit.*

(2) *Quod si a vivo testatore manumissus*) &c.) Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est, vel quia post factum testamentum manumissus est, vel quia alienatus, manumissus suo arbitratu hæreditatem adibit, quia non fit hæres necessarius, qui hæreditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *leg. antepen. hoc tit. l.* 6. §. 3. *eod.* Unde tamen probe facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hæreditatem. Alienatus nec liber, nec hæres fit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus; hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac jam tempore testamenti facti alienus fuisset, ac proinde jubenti novo domino hæreditatem acquireret, *l.* 9. §. *si servus*, 16. *l. servum*, 50. *hoc tit. l. servo*, 42. *de cond. & dem. l. quæstum*, 91. §. 4. *de leg.* 1. Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d. l.* 9. §. 16. *d. l.* 50. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus, regulam juris civilis traditam, *l.* 3. §. 1. *de lib. & posth.* tunc solum procedere, cum servus in eadem causa manet; nam si alienatus fuerit, necesse est fateri, inutilem esse libertatis dationem, quod & Viglius notat.

Alienus quoque servus) Supra dictum est, etiam servum alienum hæredem institui posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis scilicet Romani, quasi ille ipse mediate per servum institutus videatur. Nimirum ut servi etiam hac in re dominis suis utiles esse possint, receptum est, ut persona dominorum iis ad tempus accommodetur, cum alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l. non minus*, 31. *hoc tit. l. debitor*, 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu hujusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

(3) *Si in eadem causa*, &c.) In alieno servo hærede instituto iidem casus distinguuntur, qui in proprio: nam aut mansit in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *super per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *leg. Antistitur*. 62. §. 1. *de acq. her. l. §. ult. de bon poss. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire, eamque sibi acquirere potest, Ulp. tit. 22. §. 13. Et igitur licet persona domini in hujusmodi institutionibus inspiciatur, ut sit cum servis testamenti factio, videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, fac. *lex debitor*, 82. §. 2. *de legat.* 2. *l. 5. de serv. legat. l. si paterfam.* 40. *hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra hæredem institui in tantum, ut etsi is postea testatoris esse cœperit, nihil magis liber aut hæres fiat; *leg. si alienum*, 49. *hoc tit.*

T E X T U S.

De servo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus post domini mortem recte hæres instituitur: quia & cum hæreditariis servis testamenti factio est. Nondum enim adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti, cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte hæres instituitur.*

N O T Æ.

2. *Post domini mortem*) Non ita, *Stichus post mortem Titii domini sui hæres mihi est*, ut male Theophilus, sed ita, *Stichus servus Titii defuncti hæres mihi esto*.

Nondum adita hæreditas personæ vicem) Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullius est, *l. 64. hoc tit.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l. 31. §. 1. eod. l. 34. l. 61. de acq. rer. domin. infr. de stip. serv. in princ.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) *d.d. loc. cum simil.* Immo non defuncti, sed hæredis futuri, *l. 14. de nov.* Solve: hæreditas qua jacens considerata defunctum repræsentat, ut actus ex persona ejus vires capiat, *l. 52. hoc tit. l. 35. §. ult. de acq. rer. dom.* adita vero videtur retro repræsentasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, *d. pr. in fin. de stip. serv.* fac. *l. 73. §. 1. de verb. obl. l. 28. §. ult. l. 35. de stip. serv.*

Ejus, qui in utero est servus) Hoc eamdem plane rationem habet, *l. 64. hoc. tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Diversa consideratione recte dici, jacentem hæreditatem repræsentare & personam defuncti & personam hæredis.*
2. *Cur servus posthumi alieni hæres institui potuerit, ipse posthumus alienus non potuerit?*

CUm servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quæsitum est, an servus alienus recte hæres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius? Dubitandi causa ex eo, quod in propria persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *leg. ejus servum*. 64. *hoc. tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, recte hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem a defuncto adhuc, ut ita dicam personetur; quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *leg. non minus*, 31. §. 1. *hoc tit. leg. hæreditas*, 34. *l. hæreditas*, 62. *de acquir. rer. dom. l. 13. §. 2. ad l. Aquil. l. 15. de inter. in jur. l. 9. Cod. depos. cum similib.*

Non hæredis futuri, sed defuncti) Hoc totidem quoque verbis traditur *d. l. 34. de acq. rer. dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *de l. 31. hoc. tit. & infr. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra scriptum legimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novat. l. 24. in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres*, 54. *de acq. hær. l. omnis*, 138. *l. omnia*, 193. *de reg. jur.* Sunt qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomannus est. Nolim ergo temere eo decurrere. (1) Videamus, an non utrumque recte dici possit, hæreditatem repræsentare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis repræsentari recte dicitur: hac enim consideratione servus hæreditarius recte stipulatur hæredi futuro, *leg. si ex re*. 28. §. *ult. l. servus*, 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *leg. interdum*, 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto, *infr. de stip. serv. in princ.* At si inspiciamus tempus illud, quod servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: idque Cajus significat *leg. in eo*, 33. §. *ult. de acq. rer. dom.* cum ait, quoties servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus *in leg. servus*, 52. *hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens considerata, defunctum repræsentat: adita, retro videtur repræsentasse personam hæredis.

(2) *Cum etiam ejus, qui in utero est, servus*) Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi, cujus dominus in utero est, sive servi posthumi alieni; nam & hunc servum ait recte hæredem institui, Javolenus contra; hoc ex illo

precat, *l. eius servum*, 64. *hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure posthumus alienus hæres institui non potuit, *inst. de bon. poss. in princ.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi recte hæredem institui, cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici ejus, qui in utero est, respectu habito ad casum, quo is natus & hæres factus erit; institutionem vero vires capere non ex persona ejus, qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit, testamenti factionem fuisse, etiamsi cum hærede scripto non sit, *l. servus*, 52. *hoc tit.* Ad hæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cujus potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus, qui capere non potest, institutus est, *l. servus*, 82. *de acq. hær.* atque hinc clarissime patet, verum esse quod diximus *sub §. præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituuntur, personam spectari.

T E X T U S.

De servo plurium.

3. *Servum autem plurium, quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicuique dominorum, cujus jussu adierit, proportione dominii acquirit hæreditatem.*

N O T Æ.

3. *Ab extraneo*] Ab uno ex dominis institutus acquirit cæteris per *leg.* 63. *§. pro soc. l.* 49. *ad leg. Falg.*

C O M M E N T A R I U S.

DE servo communi hæredi instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tituli sub fine: hic agitur de servo plurium, qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirere, itque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere; de quo *sub §. 3. supr. per man. vers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominica, hæredem faciet: cæterum sociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes eis accrescent, *leg. servus*, 57. *de acq. vel omitt. hæred. l.* add. *leg. ultim. de vulg. & pupil. leg. si servus*, 50. *de legat.* 1. *§. ult. inst. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio] Hoc additum, quia, ut jam sæpe diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *leg. non minus*, 31. *hoc tit.* Excepto, quod servi eorum, qui absolute incapaces non sunt, sed κατά τι duntaxat, cujusmodi olim erant feminæ, orbi, cælibes, vid. *supr. princ.* instituti eo casu, ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adeant, alienati novum dominum hæredem faciant, manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *l. g. si servus*, 82. *de acq. hær.* sac. *leg. si Titio*, 55. *§.* 1. *de legat.* 2.

T E X T U S.

De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

N O T Æ.

4. *Usque in infinitum*] Εἰς ἄπειρον. Theoph. Sententiæ est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

C O M M E N T A R I U S.

USque in infinitum] Εἰς ἄπειρον. Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat; quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur; *leg. qui restituere*, 68. *§.* 1. *de rei vind. leg.* 4. *§.* 2. *de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt. Talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos. Vid. Gomez. 1. *variar. resol.* 2. *num.* 2. Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempublicum institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit, & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempublicam aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot cæteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix: Plinius vero *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui, nec percipere Rempublicam posse. Ab eo jure postea interdum recessum: confer Ulpian. *tit.* 22. *§.* 5. *& tit.* 24. *§.* 26. *leg.* 2. *l. senatus*, 20. *de reb. dub. leg. omnibus*, 26. *ad Senatusconsult. Trebell. leg. civitatibus*, 122. *de legat.* 1. *l.* 12. *Cod. hoc tit.* VINN. Poterat respublica institui jure gentium. Et talis hæreditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moschi, exsulis, relicta Massiliensibus, Tacit. *Annal. l.* 4. *cap.* 43. Pertinuit itaque prohibitio ad mancipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates αὐτονόμους. Præclara sunt quæ in hanc rem disserit amicissimus olim collega Hic. Hier. Gund. *Diss. de principe hærede cap.* 3. *§.* 2. *seq.* HEIN.

T E X T U S.

De divisione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans deunx: Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt, quot testator voluerit; & si unum tantum quis ex semisse verbi gratia hæredem scripserit, tum as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in*

so

testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hæreditatem dividere.

NOTÆ.

5. *In duodecim uncias.*) Hæc solemnis est hæreditatis distributio, *l. 13. 6. §. 1. hoc tit.* quia perfectus est numerus duodenarius. Diod. Sic *elog.* 40. Galen. *d. cui an. pec. not. & med.* [illegible]. Hermias in *Phæd. Plat.* [illegible]. Arid. [illegible], add. Cujac. ad *d. l.* 13. Duar. 2. *disp.* 36. Fabror. *ad Theoph.*

Non *semper duodecim uncias.*) Non est necesse ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hæreditatem dividere, *d. l.* 13. §. 1. 2. 3. *& ult. leg.* 18. *eod. l.* 13. *Cod. de lib. & posth.* Paul. 3. *sent.* 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. *leg.* 2. §. 7. *de collat. l.* 76. *de acq. hær.*

Unum ex semisse.) Vel ex una aliqua alia parte hæreditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo; perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *hoc tit. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* in cohæredem habeat indefinite aut ex parte hæreditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est, *l.* 13. *C. hoc tit.*

Ex parte testatus.) *Leg.* 7. *de reg. jur.* Ex post facto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso, vid. pro parte testamento, *l.* 15. *in fin. l.* 24. *de inoff. test.*

Nisi sit miles.) Miles etiam ab initio pro parte tantum testatus decedere potest, *l. pen.* §. 2. *de castr. pec. l.* 6. *l.* 19. *de test. mil. l.* 1. *Cod. eod.* quippe qui duorum velut hominum personam sustineat, *l.* 17. §. 1. *eod.* Igitur si miles unum tantum v. g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatum decessisse intelligitur, & locus fiet legitimis hæredibus, *l.* 19. *l.* 37. *de test. mil.* & ita etiam in specie *l.* 6. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Assis, ejusque partium usus, quam frequens & quibus in rebus fuerit?*
2. *Licere testatori in quot voluerit partes hæreditatem distribuere.*
3. *Quod unus tantum, vel ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re institutus, omnium bonorum hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quam ex defuncti voluntate.*
4. *Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eundem intestato decedere?*
5. *An testator possit prohibere jus accrescendi?*
6. *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*
7. *Quantum mores hodierni dissideant a jure civili Romanorum?*

SEquitur pars altera hujus tituli, in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hæreditas plerumque dividatur, civili scilicet, & solemni distributione, earumque partium nomina indicare, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l. si servum*, 50. §. *ult. hoc tit.*

In duodecim uncias, quæ assis appellatione.) As in re numeraria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hæreditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim unciis, est nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cog.* in assem vindicare, *l. post emancipationem*, 40. §. 1. *de l.* 3. Hæres ex asse, pro quo etiam libella dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic. ep.* 2. *edit. Victor.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de ponderib.* in pr. necessarium cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. (1) Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantum in hæreditatibus, ponderibus aut mensura: verum etiam in divisione corporum, veluti fundi, *leg.* 8. *rei vind. l. minor*, 39. §. 2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. *si quis unum*, 9. *infr. de fideicommiss. hær.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses, &c. ut videre est *l.* 7. §. *quæ autem*, 10. *in fin. l. Titium*, 47. §. 4. *de admin. tut. l. [illegible]*, 21. §. 4. *de ann. leg. l.* 3. §. *ultim. ad leg. Falc. l. [illegible]*, 102. §. *ultim. de solut. l. eos*, 20. §. 1. *Cod. de usur.* Sed & Astrologi res omnes revocant ad duodecim partes, menses, horas, signa, latitudinem signorum: quod notat Cujac. *ad l.* 13. *hoc tit.* Causam usus hujus numeri [illegible] a Jurisperitis tradita non est, Duar. [illegible] 36. [illegible] Galeno profert, nimirum [illegible] in tot partes tam commode di[illegible], [illegible]. Locus Galeni [illegible] D[illegible].

Habent hæ partes propria nomina.) [illegible] propria nomina partium assis, [illegible] initium faciens ab uncia, cum Ulpiano *d. l.* 50. *§. ult. hoc tit.* [illegible] uncia in partes minutiores [illegible] semuncias, in tres duellas sive [illegible] in quatuor siciliques, in sextulas; in 24. scripula, de quibus idem Metian. *d. loc.* ubi cum vocabulis simul notas partim proponit. Varro *lib.* 4. *de Ling. latin.* [illegible] nominum rationem reddit, originemque explicat Volus. Metian *de pondecib.* sed melius Salmas. *de mod. usur. pag.* 251. illud sciendum est, hæreditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l.* 2. §. *duo*, 7. *de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. *videamus*, 8. *infr. eod.* in sex sextas, *l. situ*, 76. *de acq. hær.*

(2) *Quos testator voluerit.*) Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat, potest tamen patremfamil. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hæreditatem distribuere, in quot voluerit, sive in plures, sive in pauciores, *l.* 13. §. 1. 2. 3. *& ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres hæredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiri in quindecim uncias. Et si duos tantum: unum ex triente, alterum ex quadrante, hæredes scripserit. Videbitur in partes septem hæreditatem divisisse, *d. l.* 13. §. *ult. l. Sæ[illegible]*, 78. *eod. l.* 13. *in princ. de lib. & posth.* Atque hac eadem ratione defenditur quod rescriptum est in *l.* 3. *Cod. de test. mil.* militem, quia filiam ex unciis duabus, uxorem ex una uncia instituisset, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres videre voluisse hæreditatem dividere: non autem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere; quamvis id militi concessum sit. Sive autem plures, sive pauciores par-

partes testator fecerit; tacito jure in duodecim tempe. hæreditas resolvitur, *d. l. leg.* 12. §. 1. *hoc t.* VINN. Non absona videtur viri doctissimi A. A. Pagenstechera conjectura *Aphor. jur. hoc tit.* §. 109. hanc assis distributionem arcessentis a ritu testandi per æs & libram: saltim as videtur datus pro asse hæreditatis. Eo vero cum totus as hæreditatis emeretur, potes inde & rationem reddere antiquis axiomatis: *nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus decere.* HEIN.

Si unus ex semisse, totus as in semisse] Quando unus tantum hæres scriptus est: licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si toto esse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. (3) Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato cohærede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres singuli ex unica scripti sunt, commodissime dicitur, arbitraria distributione testatorum usus, atque in tres partes æquales universam hæreditatem dividi: quod secus est, si unum tantum institutum proponat in quadrante sive quarta hæreditatis parte. Quamobrem licet illo casu propter libertatem distribuendi & communem voluntatem idem obtineat in testamento militis, quod in testamentis paganorum, *leg.* 3. *Cod. de testam. mil.* hoc tamen casu diversum jus esse propter regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantum hærede in certa assis parte instituto a pagano, hanc partem reliquas ad se trahere, si a milite, residuum hæredes ab intestato laturos, recte judicavit Dom. Vigilius: quod in Græcis Institutionibus diserte expressum est, & tantum non etiam in *leg. quærebatur*, 19. *de testam. milit.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo, perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *leg. Cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit; successionis universi juris, cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahitur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *leg.* 1. §. 4. *l.* 9. *si duo*, 43. *hoc. tit.* Sed & hoc secus se habet in testamento militis: quoniam, & ipsum est ex subtilitate juris, atque ex vi superioris regulæ, quæ ad militaria testamenta non pertinent. *l.* 6. *de test. mil.*

(4) *Ex parte testatus, ex parte intestatus*] Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius, eumdem in paganis testato & intestato decessisse, *leg.* 7. *de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam ajentia & negantia, & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto vere pronunciari non possint, ex regula Logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eumdem in totum aut secundum eamdem partem & testatum & intestatum decessisse: at nihil prohibet hac oppositionis quominus dicamus, eumdem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsentare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio, ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento, partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successionis genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib.* 2. *de invent. cap.* 21. *unius pecuniæ plures dissimilibus de causis hæredes esse non posse; nec umquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento, alius lege hæres esset.* Cujus rei hanc rationem affert Gomez. 1. *resol.* 3. *num.* 1. & 10. *num* 27. quod absurdum sit, per qualitatem contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eumdem per fictionem, quæ naturam imitatur, §. *minorem*, 4. *supr. de adopt. leg.* 5. *de acceptil.* repræsentari. Vid. & Dom. Hotomannus *hic*. Ego autem arbitror, naturaliter in *d. l.* 7. *de reg. jur.* positum esse, pro eo quod recepti passim moris erat, ut alibi interdum *leg.* 16. §. 4. *de minor. leg.* 22. §. *ult. loc. al.* Et sic quoque capiendum Ulpiani illud, *lex naturæ hæc est, ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur.* Id est, lex consuetudinis generali deducta ab aliqua ratione naturali, *l.* 24. *de statu homin.* Nam regula ista e solis Romanorum moribus pendet, neque apud alios populos locum habet, ac ne apud ipsos quidem Romanos in testamentis militum. Ex hac porro regula descendit, quamquam non tamquam ex causa proxima aut adæquata, Jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente, pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt; *l. unic. Cod.* §. *his ita*, 10. *de cad. toll. leg. liber homo*, 49. §. 3. *h. tit.* Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hæreditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, hæredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l.* 15. *in fin. l. circa*, 24. *l. seq.* §. 1. *de inoffic. testam.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio facto decessit, hæreditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. penult.* . 2. §. 2. *castrens. pecul.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus, is nihilominus in integrum assem potestate juris vocatur. (5) Sed quid si testator adscripserit nolle se, ut hæres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? E quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l.* 4. *qui testam. fac. l. penul.* §. 2. *de castrens. pecul.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. nemo*, 55. *de l.* 1. ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse, ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. *in leg.* 9. §. *si duo*, 23. *hoc tit. in l. si quis*, 20. *ad Senatusc. Trebell.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi: utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere hæredi scripto. Vide Gomez. 1. *resol.* 10. *num.* 10. & *seq.* vel, rato manente testamento, prohibitionem insuper habendam, residuasque partes, quantumvis vetante testatore, accrescere hæredi in-

instituto: Quæ sententia ratione juris magis consentanea est, ut ex iis, quæ jam dicta sunt, perspicue patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus Vigl. *hic*, Clarus §. *testamentum*, *quæst.* 74. Christin. *vol. tam.* 4. *decis.* 11. *n.* 6. Non obstat huic sententiæ, quod Ulpianus *in l. 9. §. si duo*, 13. *hoc tit.* scribit, & Vasquis *l.* 1. *de succ. creat.* §. 3. *n.* 6. objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint, hæreditate potiri, nisi voluntas patris familias manifestissime refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hæreditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem, aut partes eas relinquendas legitimis successoribus: sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus hæredes forent, perinde ac si nec res, nec partes nominatæ essent; *d. l.* §§. *si duo*, 13. *& leg. seq.* in manifesta testatoris voluntate hæredes ex inæqualibus partibus fiant, atque ex iis proportionaliter, quas in rebus certis expressit, veluti in specie ab Ulpiano proposita, unus ex triente, alter ex besse, quæ partes nominantur in fundo: atque inducetur hæc inæqualitas non tam ipso jure, quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *leg. ex facto*, 35. *in princ. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l.* 13. *Cod. de hæred. instit.* & a qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem, quominus hæres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut hæres ille partes reliquas quas accrescere testator noluit, tamquam ex fideicommisso teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hæreditatem ejus venissent, ducto argumento a simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. l. si quis*, 29. *ad SC. Trebell. &* §. 3. *instit. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet; quoniam favet voluntati morientium, salva ratione juris; eoque accommodari potest clausula *in d. l. 9. §. si duo*, 13. de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster; sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris, manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum hæredum in partibus, quas testator scriptum hæredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est; quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinione transiturum fuisse, si quis modo ea proposuisset.

Nisi sit miles, cujus sola voluntas. Quæcumque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet, eumdem ex parte testato & intestato decedere: & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l. 7. de reg. jur.* (6) Igitur si miles verbi causa, unum ex fundo hæredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur, & locus fit legitimis hæredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. Cod. eod.* Quod & tunc obtinere credimus, quando unum hæredem scripsit ex parte aliqua hæreditatis, *per l. quærebatur*, 19. *de tit.* Sed etsi plures hæredes instituerit & unus omiserit hæreditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur hæredibus ab intestato, nisi contra ostendatur militis voluntas, *l. si duobus*, 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore heredem miles instituere possit, ut quo tempore hæres scriptus non est, intestati hæreditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. miles ita*, 41. *in princ. eod.* Vid. Duaren. *d. tit. de testam. mil. cap.* 4. Sichard. *ad l. g.* 1. 2. *&* 3. *Cod. eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. D. Grot. 2. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *num.* 40. *& seqq. & decis.* 312. *& vol.* 4. *dec.* 10. *n.* 3. Zipæus *not. jur. Belg. de testam. princ.* (7) Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi? Et quidem ubi unus tantum re certa vel parte aliqua hæreditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet hæredi scripto, quam jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis: sed ad hæredes ab intestato pertinebit, *arg. l. 6. l. quærebatur*, 19. *de test. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *decis.* 312. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie censuerunt, si plures quidem scripti sint, sed ex partibus inæqualibus; idque propter inæqualitatem partium, quæ etiam jure Romano accretionem impedit inter collegatarios. De quo sub §. *si eadem*, 8. *instit. de legat.* Ego idem dixerim, etsi singulis singulæ partes æquales datæ, & pars aliqua vacet, veluti si tres scripti singuli ex quarta bonorum parte; videlicet partem vacantem hic non accrescere scriptis, sed jure intestati ad legitimos hæredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sint, aut in eadem parte hæreditati vocari, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario cæteris accrescere debere, quam si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat, eam fuisse voluntatem defuncti; cujus rei probatio cohæredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omissa intestati, aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat, quam ei datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie veteres secuti sunt in testatore milite, *l. si duobus*, 37. *de test. milit.* cui non obstat *lex.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte hæres institutus proponitur, qui & ipsi militi ab intestato successurus erat; nimirum frater militis, & ideo nisi alii hæredes ab intestato probent, militem noluisse ea bona, de quibus quæritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit; quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi in proposito non descendat ex potestate juris, sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur, D. Grot. 2. *manu duct. cap.* 23. Gudelin. *d. c.* 5. Christin. *d. decis.* 51. *num.* 48. ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse, nisi hæredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l.* 1. *Cod. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse; quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet ex *d. l.* 37. Nam posito, quod jus accrescendi ideo militis testamento cessat, quia militi concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam jure communi id permissum esse, idem est dicendum. Vid. Ant. Fab. *decis.* 72. *err.* 5. *&* 6. Don. *in d. l.* 1. *Cod. de test. mil.* Duar.

d. l. cap. 4. Vasquez. *lib.* 2. *de succ. progr.* §. 15. *num.* 110. *& lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *num.* 51. *& multis seqq.*

TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6. *Si plures instituantur hæredes, ita demum in his rebus partium distributio necessaria est, si nolit testator, eos ex æquis partibus hæredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos hæredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte hæres fit. Et si plures sine parte scripti, omnes in eamdem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille, vel illi omnes, in alteram dimidiam. Nec interest, primus, an medius, an novissimus sine parte hæres scriptus sit. ea enim pars data intelligitur, quæ vacat.*

NOTÆ.

6. *Nullis partibus nominatis, ex æquis*) *L.* 9. §. 12. *hoc tit. junc. l.* 19. §. *ult. de leg.* 1. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantum personæ potestate fungi v. g. si testator ita dixerit, *Titius hæres esto, Seius & Mævius hæredes sunto.* Aut si, *Titius & fratres mei sunt hæredes sunto.* Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit, *l.* 15. *princ. l.* 59. §. 2. *hoc tit. l.* 34. *de leg.* 1. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* nisi celeritatis gratia conjunctio facta doceatur, *leg.* 66. *hoc tit.*

Si vero totus as completus) *Leg.* 17. *princ.* §. 3. *&* 4. *eod.* Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem velut partem occupat, *l. ult. sec. tab.*

In dimidiam partem) Id est, in semissem reducta ratione ad solemnem assis distributionem: alius alterum assem; eadem enim proportio est.

COMMENTARIUS.

1. *Inter institutos sine partibus pariter hæreditatem dividi, etiamsi testamento non facto non pariter fuissent successuri.*
2. *Quomodo, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, hæres [illegible].*
3. *Imperator [illegible]* in l. 17. ult. hoc. titul. pro *triente [illegible].*
4. *Quo [illegible] maxime conspicuus.*

INtelleximus, quid juris sit, si unus tantum hæres scriptus proponatur: nimirum eum & solum hæredem fore, atque ex toto asse, non tantum si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verum etiam si ex parte duntaxat hæreditatis, atque adeo, si ex certa aliqua re. Jungit nunc hic §. 1. & 2. *seqq.* docere Imperator, quid sit, si plures hæredes instituti sint, quatenus in portionibus [illegible]. Distinguendi autem, ut ex præcedentibus apparet, tres articuli. Primus est, si pares [illegible] sine distinctione partium: alter, si quidam ex certis partibus hæredes instituti, si quidam indefinite seu sine partibus. tertius si omnes partibus expressis.

Nullis Partibus nominatis ex æquis partibus.) Hic primus articulus, est qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, *l.* 9. §. *hæredes*, 12. *hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata *l.* 19. §. *ultim. de leg.* 1. (1) Quin etiam eamdem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, etsi qui sine partibus instituti sunt, de facto testamento in stirpes aut portionibus, inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto, jam non jure proximitatis aut repræsentationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex judicio & voluntate defuncti, cui legitimæ successioni per testamentum suum derogare voluisse credendus est, nisi conjecturis contrarium elici possit. Ita post alios Wesemb. *hic & in parat. eod. n.* 6. Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib.* 4. *tit.* 11. *n.* 11. Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint; conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. plane*, 34. *de leg.* 1. *l. unic.* §. *his ita*, 10. *vers. sin vero Cod. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius hæres esto: Seius & Mævius hæredes sunto*; semissem Titius & tantum solus feret, quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, *l. liber. homo*, 59. §. 2. *hoc tit.* Conjuncti etiam & vel maxime sunt, qui nomine collectivo instituuntur, *l.* 13. *in princ. eod. leg. ultim. in fin. Cod. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate Mantic. *dict. loc. num.* 12. *&* 2. *sequent.* Vasquez. *lib.* 3. *de succes. progress.* §. 21. *num.* 33.

Partibus in quorumdam personis expressis) Hic articulus secundus est, & complectitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur; tertius §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorumdam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, cum vel eos, quibus pars apposita non est, habituros, verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablaturum. Hoc & Ulpian. *l. item quod*, 17. *in pr. eod.* atqui omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquent sive expleant: de quo sic breviter hic Imperator: *Si totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinite scripti institutio, verisimile est, testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est, in alium illum assem veniet, aut si plures, omnes in eumdem, *d. l.* 17. §. 3. *&* 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinite scripti in semissem, eadem enim utrobique proportio est. (2) Similiter si quis dupondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit, ad tripondium transitum fecisse intelligitur; & ideo qui sine parte institutus est, in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* eaque mens est Jurisconsulti *in d. l.* 17. §. *ult.* cum ait, distributo dupondio sine parte scriptum non in alium assem, sed in trientem venire, non in alium assem oppositum dupondio ad assem prius revocato, sive qui distributione facta eris ad solemnem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, ut ille solus tantum

capiat, quantum alii omnes uni sit, cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat §. 3. & 4. sed in eam partem duntaxat, qua ratione ad unum assem revocata, efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantum unciis ἀναλόγως respondeat. 3 Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens pro *trientem* reponi vult *tressem*, vel *tripondium*; quasi Jurisconsultus ita scripsisset: *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem, sed in tressem venit.* Quæ oratio manifeste, aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hæreditas divisa proponitur: sic enim foret, ut totum ferret solus, qui sine parte scriptus est. Contradictionem habet, si eadem vox accipiatur discretim pro asse tertio aut uno ex tribus. Nam huic enuntiationi: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, non venit in alium assem* aperte contraria est ista: *Qui dupondio distributo sine parte scribitur, venit in tressem*, si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est vero, quod Hotomannum impulit, ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quamdam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam retricuit jam senior, summaque ope defendere conatus est, *l. 8. observ. cap. 2.* Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo, is, qui sine parte nominatus est, in alterum assem venit, neque ad unum assem revocata aufert semissem, simili modo, impleto dupondio, eum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere: nec rationem pati, ut hic tantum trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suæ videret obstare dictum locum Ulpiani scriptum manifestissime in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, substitueret *in tressem venit*. Quæ verba, si Hotomanno credimus, significabant, aufert proportione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est, quod cum ratione aut proportione magis pugnet, quam hæc Hotomanni opinio: nec illum proficit mutata lectio: quippe cum in tressem venire duobus tantum modis quis dici possit, & iis, quos paulo ante indicavi; miror, virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minime obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hæreditatis: ac proinde si hæreditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte hæres scribitur, non potest, nec debet is, cui pars adscripta non est, tantum ex tota, hoc est, ex hæreditate consequi, quantum is, qui asse solum exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hæreditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quam minores esse uncias in tripondio, quam in dupondio, atque in hoc iterum minores, quam in asse, omninoque ratione ad assem solemnem reducta, unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima, & prope puerilia cum Hotomanno: *Primus ex duodecim unciis hæres esto. Secundus hæres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias: *Primus ex duodecim unciis. Secundus item ex duodecim unciis hæredes sunto. Tertius quoque hæres esto.* Hic tertius itidem habebit duodecim uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu prioris: illic enim singulæ semunciam, hic binæ solum sextulas sive tertiam unciæ partem valent. 4 Error Hotomanni in reductione & detractionibus facienda maxime conspicuus est. Is in proposita specie Tertio sine parte scripto initio nihil: Primo & Secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium: in quo cum Tertius duodecim, Primus & Secundus singuli sex tantum uncias habere reperiantur, ita dupondium deinde ad assem revocat, ut Primo iterum & Secundo singulis partis suæ, quam in dupondio iis reliquerat, dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, Tertio senæ, ut unum hic semissem solus; alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minime ferendum est. Nam cur Tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur, quam duo illi, in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionem cum cæteris pati debet; ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singularem portionibus detractationes fiant. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ quatuor, altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως ratio est, cum dupondio superato, aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantum; itaque ut illic in id, quod tertio assi deest, sine parte scriptus vocatur, *l. Sab. 19. eodem*, ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet: add. Ant. Fab. 5. *conj.* 20. Bach. *in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 4.*

TEXTUS.

Si pars vacet, aut exsuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit hæres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus hæredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hæreditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus hæredes scripti essent. Et ex diverso, si plures hæredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere; ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus hæredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte hæres scriptus fuisset.*

NOTÆ.

7. *Ex quartis partibus*) Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciis. Et ita quoque quod mox sequitur, *ex tertiis partibus*, id est, ex trientibus sive unciis quatuor.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur constitutio Justiniani* in leg. 23. Cod. de legat.

HIC locus pertinet ad articulum tertium, cum hæredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo testator solemnem assis distributionem secutus, non pauciores, neque plures partes sive uncias fecerit,

quam duodecim: nihil est, de quo dubitari possit. Tantum si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat? Placuit autem, adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus partis, quæ cuique adscripta est, *l. 13. §. 2. & seq. hoc tit.*

Si tres ex quartis partibus, &c.) Hoc est, si tres instituti sint, singuli ex quadrante sive ex tribus unciis. Ait, *vacantem partem*. Id est, quadrantem reliquum, sive tres uncias, quæ assi desunt. *Pro hæreditaria parte*. Hoc clarius apparet, cum adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit: *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse hæredes sunto*. Hic enim ex tribus unciis, quæ assi explendo sunt, una Titio, duæ accrescunt Mævio *d. l. 13. §. 3.* perinde ac si ille ex triente, hic ex besse scriptus esset. Accrescunt autem partes reliquæ singulis necessario & eadem ratione, qua uni hærede ex parte scripto reliqua hæreditas accrescit: quia scilicet juris ratio non patitur, ut eidem partim ex testamento, partim ab intestato succedatur.

Si quatuor ex totius partibus, &c.) Hoc est, si quatuor instituti sint, singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacite singulis decrescere*. Pro parte item hæreditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint. Primus ex 12. Secundus ex 6. unciis. Primus ex sententia veterum habebit hæreditatis bessem. Secundus trientem, *d. l. 13. §. sed si 4. hoc tit.* Et ἀνάπαλιν, si Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint, portio Primi major erit sesquiplo vel epitrito, quam Secundi: a qua tamen Veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l. cum quæstio 23. Cod. de legat.* nisi dicamus cum Donell. *lib. 6. comment. cap. 12.* interesse, utrum asse sive duodecim unciis Primo relictis, mox semis aut sex unciæ Secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relictum est. Et hoc posteriore casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, qui & initio speciem ita proponit: priore non item. In quo Donello assentior: nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione hæreditaria accrescat, quod dupondio deest. Sed & tot partes, quot a testatore factæ sunt, in divisione servari possunt, ut singuli suas ferant, *l. 15. §. ult. l. si ita 42. §. 1. l. ex unciis 87. hoc t.* VINN. Constitutio Justinianea binas tractat species: Priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legasse in solidum, deinde alteri partem ejusdem dimidiam. Hinc Sabiniani sequendam putabant proportionem geometricam, *l. 80. ff. de leg. 1. l. 13. ff. de lib. & post. l. 47. ff. de hæred. instituend.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario bessem; alteri trientem, hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum sententiam probat Justinianus. Posterior species ponit, Titium fundum Cornelianum bis legasse uni, deinde semel alteri, vel eundem fundum primum Mævio separatim, deinde Mævio & Sempronio conjunctim legasse. Illi denuo quidam priori bessem, posteriori trientem, alii utrique partes æquales adjudicabant, ob easdem rationes. Horum sententiam Justinianus confirmat, Meillius in *d. l. Decis. cap. 20. pag. 371.* Nullo modo ergo hæc constitutio ad effatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato, sed de asse hæreditario quæstio est. HEIN.

TEXTUS.

Si plures unciæ, quam duodecim, distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ, quam duodecim distributæ sint, is, qui sine parte institutus est, quod dupondio deest, habebit. Idemque erit, si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

COMMENTARIUS.

1. *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

Rectius hic §. subjectus foret §. 5. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus, in quos præsens disputatio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cum quidam definite, quidam indefinite scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest) Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse non expleto, is, qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assi, ita si testator superato asse, dupondio tamen non expleto, sine parte hæredem scripserit, is quod ex dupondio deest, habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *l. 18. hoc t.* Quamobrem si ita scripserit: *Primus ex unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *hæredes sunto: Tertius hæres esto*. Hic Tertius item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit: *Primus ex sex: Secundus ex octo hæredes sunto. Tertius hæres esto*. Tertius decem quæ supersunt in dupondio habebit, *l. ex unciis 87. h. tit.* Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie, singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit) Expletus videtur dixisse pro *superatus*: neque enim hic de expleto asse aut dupondio quæritur, sed de superato: qui casus ab illo diversus est: quamquam utriusque eadem ratio, *l. 17. §. ult. eodem*, & tam is, qui, asse, aut dupondio expleto, alium sine parte hæredem facit, ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam is, qui id fecit asse aut dupondio jam superato; ut quemadmodum hic sine parte scriptus in id, quod dupondio aut tripondio deest, vocatus intelligitur, ita illic in novum, hoc est, secundum aut tertium assem. Sunt & alii casus, qui ad institutam disputationem pertinent, a Triboniano omissi, & fortassis de industria: veluti 1. si quis solus institutus sit, non simpliciter aut ea parte hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo: quam institutionem valere placet, quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hæreditatem consequi, *l. 1. §. 4. hoc t. l. cohæredi 41. in fin. de vulg. & pupill.* de quo dixi §. 5. *sup. eod. num.* 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio judicis familiæ erciscundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hæreditas singulis adjudicetur, *l. 9. Cod. si duo 13. l. 10. junct. l. ex facto 35. in princ. eodem.* 3. Si

plu-

plures inſtituit, eorumque quidam ex re certa, quidam ſimpliciter aut ex parte hæreditates. Hoc caſu placuit, ſolos hæredes fieri, qui ſimpliciter aut ex quota, uti loquuntur, ſcripti, ex re ſingulari ſcriptos legatariorum loco eſſe, *l.* 13. *Cod. eodem.* Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi ſoli ſunt inſtituti ex re certa, hic ſi teſtamentum ſubſiſtere volumus, atque ex eo, quod utique teſtator voluit, deferri hæreditatem, neceſſario detrahenda eſt rei mentio, cum hæc ſimul ſtare non poſſint, hæredem eſſe, hoc eſt, univerſi juris ſucceſſorem, & rem tantum obtinere ſingularem. At vero cum concurrant cum his alii recte hæredes ſcripti vel indefinite, vel ex certa parte hæreditatis, nulla neceſſitas cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures ſcripti ſunt, detrahamus, cum rem illam habere poſſint tamquam ex legato, idque ſalva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per cohæredes ſimpliciter vel ex parte ſcriptos ſuſtinetur. Plane ſi hæredes univerſitatis defecerint, quod adire hæreditatem noluerint, aut ante mortui ſint; tunc ex communi opinione Doctorum in *d. l.* 13. idem per omnia erit, ac ſi inſtituti ex re ſingulari ab initio ſoli fuiſſent: quamvis nonnulli hanc ſententiam non aliter admittant, quam ſi cohæredes defecerunt vivo adhuc teſtatore, quos ſequitur Bachovius; hic vid. Gomez. 1. *reſ.* 10. *n.* 13. Graſſ. §. *inſtit. quæſt.* 22. *n.* 3.

TEXTUS.

De modis inſtituendi.

9. *Hæres & pure & ſub conditione inſtitui poteſt: ex certo tempore, aut ad certum tempus non poteſt: veluti, poſt quinquennium, quam moriar, vel,* ex Calendis illis, *vel* uſque ad Calendas illas hæres eſto. *Denique diem adjectum haberi pro ſupervacuo placet, & perinde eſſe, ac ſi pure hæres inſtitutus eſſet.*

NOTÆ.

9. *Sub conditione*) Verbi cauſa *Titius hæres eſto, ſi Mæviam uxorem duxerit*. Hic inſtitutio in pendenti eſt, & ſi quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac ſi pure facta eſſet inſtitutio, ſi conditio defecerit, inſtitutio evaneſcit, deferturque hæreditas ab inteſtato, *l.* 26. *de cond. inſt.* fac. *l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.*

Ex certo tempore, &c.) Ratio eſt, quia regula, quæ vetat, eumdem in paganis teſtato & inteſtato decedere, etiam in ſpatio temporis locum habet, *l.* 41. *de teſtam. mil. l.* 8. *Cod. eod.* ubi traditur, eſſe ex prærogativa privilegii militaris. Ceſſat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, *l.* 75. *de cond. & dem.*

Uſque ad Calendas) Occurrit hic etiam ſpecialis ratio, quia juri noſtro non convenit temporalem hæredem habere, *l.* 7. §. 10. *de minor. l.* 88. *hæc titul.*

COMMENTARIUS.

1. *Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta?*
2. *Suos hæredes omnes ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quam quæ in eorum ſit poteſtate.*
3. *Diem certum inſtitutioni appoſitum, ſive ut terminum a quo: ſive ut terminum ad quem, pro ſupervacuo haberi.*
4. *Cur dies certus inſtitutioni adjectus ut terminus a quo non ſuſpendat inſtitutionem, ſimiliter ut adjecta conditio?*
5. *Merito hodiernis hujuſmodi ſubtilitates inſuper haberi.*
6. *In teſtamentis diem omnem incertum conditionem facere.*
7. *An ſi cui omnium omnium uſusfructus legatus ſit, & poſt mortem ejus alius hæres inſtitutus, legatum valeat?*

HIC ſe nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo hæredes inſtituendi, deque iis, quæ inſtitutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur: ſed non omnia, quæ eo pertinent Imper. tangit, contentus, quæ præcipua ſunt, de conditione & die adjectis quædam indicaſſe. Ante quorum explicationem monendi ſumus, ad formam inſtitutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, iiſque idoneis, ut ex iis liquere poſſit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis ſive directis; an inflexis, nihil refert, *l.* 15. *Cod. de teſt. & ibi* DD. Deinde ita fieri debere, ut de perſona hæredis certo conſtare poſſit, vel ex nomine, vel ex indubitabili ſigno: alioqui vitiari inſtitutionem, *l.* 9. *in princip.* junct. §. *ſi quis*, 8. *& ſeqq. in tempus*, 62. §. 1. *h. tit. l.* 4. *cap. cod.* Item inutilem eſſe conſtitutionem, ſi teſtator non certo conſilio hæredem ſcribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum inſtitutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti ſi quis dixerit: *Quos Titius voluerit, hæredes ſunto, l. illa inſt.* 42. *l. ſi qui.* 68. *eod. tit.*, (1) tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hæreditatis cauſa, cum teſtator ſuam hæreditatem tamquam in hamo defert, ut allectet alienam: puta hoc modo: *Qua ex parte Titius me hæredem faciet, ex eadem mihi hæredes eſto, l. captatorias*, 70. *cum. l. ſeq. eod. l. captatoriæ*, 64. *de leg.* 1. hujuſmodi inſtitutiones etiam in teſtamentis militum probantur, *l.* 11. *C. de teſt. mil.* Hoc autem modo concepta inſtitutio valet: *Qua ex parte Titium me hæredem fecit, ex eadem hæres eſto.* Quoniam in præteritum collata eſt, neque ad captandum, ſed ad remunerandum comparata, *l. illa autem*, 71. *Clemens*, 81. §. 1. *h. t.* Sed nec inſtitutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocarentur, pro captatoriis habentur, *d. l. captatorias*, 70. *eodem*. Valent itaque & dubiæ & mutuæ conjugum inſtitutiones, D. Tulden. *in cap. de teſt. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Joann. Deckerum hanc ſententiam oppugnantem *l.* 1. *diſſ.* 7. De captatoria inſtitutione eleganter Menoch *conſil.* 408. Ant. Fab. *c. ſuo de hær. inſt. defin.* 11. poſt. Cuj. 16. *obſ.* 11. Duar. *c.* 3. *h. t.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium induſtriam ſuperavit Vir. Illuſtris Corn. van Bynkersh. *de captator. inſtit.* quæ diſſertatio inter reliqua ejus opuſcula habetur. HEIN.

(2) *Sub conditione inſtitui poteſt*) Conditio eſt adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aut fieri volumus, ſuſpenditur: eaque vel poſſibilis eſt, vel impoſſibilis. Impoſſibilis inutiliter inſtitutioni adjicitur, & pro non ſcripta habetur, de qua mox: poſſibilis utiliter, ut ſuſpendatur interim inſtitutio, atque exiſtente conditione vires capiat perindeque habeatur ac ſi pure facta eſſet, deficiente evaneſcat: & hæreditas deferatur ab inteſtato. Solius perſona filiifamil. excipitur, qui vetatur ſub alia conditione hæres inſtitui, quam quæ in illius poteſtate ſit, niſi ſub contraria conditione exhæredetur, ne, ſi conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *l.* 2. 5. 6. *l. jam dubitari*, 86. *h. tit. l.* 15. *l. ultim. de cond. inſt.* Tantundem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in poteſtate ſunt & ſui hæredes, poſtquam hi omnes filio-

filiis nil. exæquari, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus esse, ut si suus hæres in incertum eventum institutus sit; institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravi prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente; *per leg. quoniam*, 4. *C. de inoff. test.* Non enim animadvertunt, agi isto loco non de liberis institutis, sed exhæredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cum in *l. omni modo*, 30. *& l. seqq. C. eodem*, rescindet causæ querelam inofficiosi, si quid liberis, omnino relictum esset, suppleri que, si minus relictum, quod legitimæ deest, mutato veteri jure, quo querela non excludebatur, nisi aut tota legitima portio relicta esset, aut si minus, adjecta clausula, ut si quid deesset, id boni viri arbitratu repleretur, in *d. l. quoniam* 42. quæ mox sequitur, superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & titulo instituti eis legitimam relinqui, *Nov.* 115. *cap.* 3. de quo plura *tit.* 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest) Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore*, quibus verbis tacite innuitur differentia temporis sive diei certi atque incerti, & quæ hic traduntur, non ad utrumque, sed ad alterum tantummodo, certum scilicet, pertinere. Ita est. Dies aut est certus, aut incertus. De incerto illico videbimus. Certum dicimus: cum certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte opponi potest, vel ut terminus a quo, veluti: *Post quinquennium, quam moriar hæres esto*, vel uti terminus ad quem, veluti: *Usque ad quinquennium hæres esto*. Neutro autem modo apponit utiliter. (4) Et hoc est, quod Imper. ait, hæredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies vitiose adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto: ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse, ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus, *l. hæreditas* 34. *h. tit. Hæreditas* inquit, *ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio.* Quod dies tollitur, benevolentia est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio: ex regula, qua vetatur idem in paganis testato & intestato decedere, proposita & a nobis exposita §. *hæred.* 5. *sup. eod.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l. miles ita* 43. *in princ. de test. milit.* Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro non convenit, temporalem hæredem fieri, sed is, qui semel hæres extitit, semper hæres maneat necesse est, *l. 7. §. sed quod* 10. *de minoribus*, *l. ei qui* 88. *h. tit.* De altero illo quærierit aliquis, cur cum hæres ex certo die instituitur, non æque placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat, nullum interim hæredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione, & quid intersit, ita scribam: *Titius post quinquennium hæres esto*, an *Titius hæres esto, si uxorem duxerit*: Hoc interest. Conditionis ea est vis ac natura, ut actum omnem cui adjicitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l. 8. de per. & com. rei vend.* *l.* 11. §. 4. *qui potest in pign.* Proinde cum hæres sub conditione institutus est, in pendenti est tota dispositio testatoris, & si quidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hæreditas sub intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, pure dispositum intelligatur, *l. si pupillus* 26. *de cond. inst.* Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod nunquam suspendit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei alicui, veluti legato aut stipulationi adjicitur, ut remoretur executionem, §. 2. *inf. de verb. obligat. l. cedere diem* 213. *de verb. signif. l.* 17. *de reg. jur. l. si dies* 21. *quand. dies leg.* Quod si ergo hæres ex certo tempore institutus ante id tempus hæres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu, ideoque statim potius admittendus, præsertim cum certum sit, diem exiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Aret. Bart. & Bald. disputat Comez. 1. *resol.* 2. *num.* 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi, & continuari cum tempore mortis testatoris quam tamen continuationem jus requirit, *l. hæres* 55. *de acquir. hæred. l. omnis* 138. *de reg. jur.* nisi toto intermedio tempore subducto: nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim hæres sit: sed causæ intestati interim locum facimus, quod juris ratio non patitur. (5) Nostri, & Gallorum mores hujusmodi subtilitates aversantur: sed ubi receptum est, ut unicumque pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque hæredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus aut antequam dies veniat, intestati hæreditas deferatur; quod jure civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum *l.* 15. §. 1. *miles* 41. *tit. princ. de testam. milit.* vid. notata sub §. *hæreditas* 5. *sup. eod.* Hæc dicta sint de die certo. Dies incertus, aut prorsus & simpliciter talis est. cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit: *Titius hæres esto, cum consulatum inierit, cum uxorem duxerit*, aut secundum quid; cum alterutrum incertum est, & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat; veluti si ita scriptum sit: *Titius, cum erit annorum quatuordecim hæres esto*: vel tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba: *Dies incertus conditionem in testamento facit*, *l. dies* 75. *de cond. & dem.* (6) Cujus definitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahitur, sed suspendit conditionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur dies venturus sit, & quando; vel etiam unum illud, an sit venturus: dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies* 21. *& l. sequent. quand. dies leg.* At sit certum sit, exiturum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo. *Titius hæres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptus ante Sempronium moriatur; quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur; *Hæres meus, cum moriatur, Titio decem dato*, *l.* 1. §. *de cond. & dem. l.* 4.

in

in princ. quando dies leg. Si vero ipsi hæredi adscriptus sit, veluti: *Titius cum morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribatur, facit *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus 79. in princ. de cond. & dem* & ideo Institutioni adjectum quasi diem certum, qui viventem adhuc hærede omnimodo exiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam: quæ & communis Interpretum sententia est in *l. 9. C. h. t.* teste Gomez *1. res. 2. n. 11.* Illud aperte falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum: *Titio, cum morietur, decem do, lego*, conditionale esse, contra textus expressos, *in d. l. hæres meus 5. 79. de cond. & dem.* & in *d. l. 4. §. 1. quand. dies leg. ced.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *leg. in tempus 62. h. tit.* qui tamen casus a doctoribus omnibus restringitur ad eos, qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid quales sunt orbi, cælibes, quos proculdubio hæredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utique recte idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d. l. in tempus 62.* sic temperandum existimat, ut locum habeat cum incapacitas est ex parte instituti duntaxat, non etiam simul ex parte testatoris: nam spurium hoc modo, *cum capere poterit*, a patre institui non posse. 7 De illo quæsitum est, si v. gr. uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus Titius hæres institutus, an legatum valeat? Et multis visum est, tale legatum esse inutile, quoniam dies ususfructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita sit, *l. un. §. 2. quand. dies ususfr. l. ced. l. 2. & 3. quand. dies legat. l. un. §. libertat. 6. Cod. de eod. coll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet; utpote qui legatum pure deberi voluit, nec credendus est elegisse viam, per quam dispositio ejus evertatur, contra *leg. Gallus 29. §. 1. de lib. & posth. l. 3. de testam. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditatem adire, eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæres institutus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui, Baldus respondit in *l. extraneum 9. C. h. tit.* Sed tutius est, ut judicis officium super hoc imploret, vide Covarr. *2. var. res. 2. n. 5.* Gail. *2. obs. 143. n. 2.* Graff. *§. legat. q. 23. n. 2.* Mantic. *de conj. ult. vol. l. 4. tit. 5. n. 22.* Joann. del Castill. *tract. de ususfr. cap. 8. num. 23. & seq.* D. Jac. Coren. *consil. 15.*

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

NOTÆ.

10. *Impossibilis conditio*) Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l. 14. & seq. de cond. inst.* perplexa tamen, ἄπορος, vitiat tamen institutionem, *l. 16. eod.* VINN. At proprie conditio impossibilis conditio non est, quia actum non suspendit ab incerto eventu: immo potius eventus est certissimus. HEIN;

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter personæ cui apposita est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2 *Ultimas voluntates oppositione conditionis impossibilis non vitiari: conventiones contra: & cur tam varie?*
3 *Dispositionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4 *Conditioni impossibili similem esse eam, quæ quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti *si digito cœlum tetigeris, §. si impossibilis 11. infra de inut. stip.* Sed & quæ factu natura, & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire: sunt δυνατά, at exigere pecuniam a se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα. (1) Sive autem per se conditio possibilis sit, sive propter circumstantiam aliquam: hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio & pro non scripta habeatur, *l. 1. l. 6. l. mulier 20. de condit. inst.* nisi forte conditio sit ἄπορος, sive talis, quæ efficiat, ut ipsa institutio impossibilis, aut potius perplexa, atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat: cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l. si Titius 16. de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est, *l. 12. §. 1. l. ab omnibus 104. §. 1. de leg. 1. l. 5. §. 4. quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *leg. si Mævia 45. h. tit. l. 3. de condit. & dem.* Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposita est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis: sed nisi conditioni pareatur, relictum in testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione: *Si hæredi millies dederit.* Hic non detrahetur conditio, sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est a Paulo, *l. 4. §. 1. de statu lib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit, ut eo tempore, is cui libertas datur, vivere vix possit, veluti si servo quatuor annos nato libertas datur, cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib. 1. observat. juc. cap. 11.* (2) Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, *§. si impossibilis 11. inf. de inut. stipul. l. 7. de verb. obligat. l. non solum 31. de obl. & act.* ubi etiam diversi juris indicatur ratio: nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis,

se.

ſerio agere & non lædere voluiſſe, quod in ſpeciem impietatis cadit, credendum eſt, ſed mendum potius ei excidiſſe, quod favore ultimæ voluntatis corrigitur; & tollitur a lege, ne id hæredi fraudi ſit, cui nihil imputari poteſt, neve alia bene recteque conſtituta evertantur, arg. l.1. de cond. inſt. 3 Dom. Grotio videtur, hanc interpretationem minus convenire moribus noſtris, nam cum in his regionibus omnem ſupremam diſpoſitionem interpretantur ſecundum id, quod propius vero eſt, ... teſtatorem, nobis hujuſmodi inſtitutionem potius pro ridicula & nulla habendam eſſe, ut etiam ipſi Romani in cæteris cauſis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. 4 Impoſſibili conditioni ſimilis eſt conditio turpis, quam Interpretes vulgo ut ſpeciem impoſſibilis ſubjiciunt, & appellant impoſſibilem de jure. Ea eſt, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis religione, aut moribus. Nam, ut bene & pie Papinianus notat in l. filius 15. de cond. inſt. *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & generaliter, quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos poſſe credendum eſt*. Et ideo etiam ſi quid ejuſmodi teſtamento inſertum ſit, id perinde ac ſi quid impoſſibile adſcriptum eſſet; placet pro non ſcripto haberi, leg. cond. 14. de cond. inſt. veluti: *Si ab hoſtibus patrem ſuum non redemerit; Si parentibus patronove ſuo alimenta non præſtiterit*. Paulus ſcribit, hujuſmodi conditiones remittendas eſſe, l.9. d.tit. quod effectu juris eodem recidit, capitur enim ſemper hæreditas legatumve, perinde ac ſi adjectæ non eſſent. Plane filius, qui in poteſtate eſt, ſub tali conditione hæres ſcriptus, teſtamentum patris infirmat; ac ſi conditio non eſſet in ejus poteſtate, d. l. 15. eod. quod etiam ad cæteros ſuos hæredes nunc transferendum eſt per ea, quæ ſup. §. præc. Pacta quoque & ſtipulationes turpi conditione appoſita nullius momenti ſunt, ut juris eſſe diximus, cum his apponitur conditio impoſſibilis de facto, l. generaliter 26. l. ſtip. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. ſtip.

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt, ſi quidem conjunctim, ut puta, ſi illud & illud factum fuerit, omnibus parendum eſt ſi ſeparatim, veluti, ſi illud, aut illud factum fuerit, cuilibet conditioni obtemperare ſatis eſt.*

COMMENTARIUS.

DOcent nos Dialectici, copulatæ orationis partes omnes veras eſſe oportere, ſi ea vera eſſe ponatur, totam autem falſam eſſe, ſi vel una pars falſa ſit. Cui conveniens eſt, quod hic ſcribit Juſtinianus, ſi plures conditiones conjunctim inſtitutioni adſcriptæ ſint, omnibus parendum eſſe, ut ita demum verificetur tota enuntiatio, & inſtitutio perficiatur: quod & Paulus tradidit, l.5. de cond. inſt. & Scævola de ſtipulatione eodem modo concepta, l. ſi quis 129. de verb. obl. Ait, *omnibus parendum eſt*. Plane, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus & proprie hæc enuntiantur de ea conditione, quæ poſita eſt in noſtra poteſtate, quam quoties volumus, implere poſſumus; nonnunquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ poſitæ ſunt in eventu, ut in l.2. de cond. & dem. Et ſic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adſcriptis, omnibus parendum eſſe, etiam ad plures conditiones, quæ ex caſu pendent, copulatas pertinere, ſciendum eſt, hoc ſufficere ad delationem hæreditatis; unam exiſtere aut impleri, ſed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc ſpeciem, quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utique ex æquo conveniat ratio Pauli in d.l.5. de cond. inſt. quod plures conditiones conjunctim ſcriptæ unius loco habeantur, ideoque merito a reliquis Interpretibus notatus eſt Accurſius, quod putaverit, ex pluribus conditionibus caſualibus conjunctim appoſitis ſufficere extitiſſe unam, arg. l. ſi plures 17. eod. tit. quæ huc non pertinet, ſed loquitur de pluribus inſtitutionibus factis ſub diverſis conditionibus, repetita ſcilicet eadem inſtitutione in diverſa parte teſtamenti, D. Vigl. hic.

Si ſeparatim, cuilibet, &c. d. l.5. de cond. inſt. d. l. ſi quis 129. de verb. obl. & ratio eſt, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta eſt; unde regula juris Pontificii: *In alternativis ſufficit alterum adimpleri*, reg.70. in 6. Cujacius legit cui libet, voce divulſa, id eſt cui placet. Theoph. *ᾧ ἂν βούληται*. Illud addo, ex caſu pendentes conditiones omnimode impleri oportere: quæ autem in poteſtatem noſtram conferuntur, etiam tunc pro impletis haberi, cum per alium ſtat, quominus impleatur, veluti ſi quis ita inſtitutus ſit: *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, l.5. §. item ſi 5. quand. dies leg. l. jur.24. de cond. & dem. l. in jure 161. de reg. jur. & ibi doctiſſime Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his, quos nunquam teſtator vidit.

12. *Ii, quos numquam teſtator vidit, hæredes inſtitui poſſunt, veluti ſi fratris filios peregrinantes, ignorans, qui eſſent, hæredes inſtituerit. Ignorantia enim teſtantis inutilem inſtitutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad ſubſtantiam teſtamenti hæredis inſtitutionem non deſiderari quibuſdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti ſunt, hæredes a nobis inſtitui poſſunt, modo ne ex alio capite ſint incapaces, puta quia peregrini, l. extraneum 9 C.h. tit. leg. quidam 46. eod. Poterat duplex hic eſſe dubitandi cauſa, tum quod certum eſſe debet conſilium teſtatoris, certaque perſona inſtitui, Ulp. tit.22. §.3. tum quod eos ferre hæredes inſtituere ſolemus, quorum merita affectionem noſtram provocaverunt, l.9. pro ſoc. Verum enim vero ubi teſtatoris voluntas in perſonam aliquam certam deſtinata eſt, incertum ejus conſilium incertave inſtituti perſona dici nequit; licet circa accidentia perſonæ, puta nomen, faciem, incertitudo ſit: & poteſt quis etiam erga ignotum ita affectus eſſe, ut optime ei velit, vel propter ſanguinis neceſſitudinem, ut exemplo propoſito, vel propter famam virtutis eruditioniſve.

Peregrinantes) Peregrini, non peregrinantes, hæredes inſtitui vetantur, l.1. C.h.t. Notiſſima autem eſt inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure conſtituerunt, ne quiſquam,

quam, qui civis non sit, jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degant, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non a suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregrinantes*, dictione divisa: quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testatur Hotomannus, quos quidem videre non contigit: atque, cum illa lectione consentire & Theophilum, quo tamen nomine reprehenditur a Bachovio, quasi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat, ἐπὶ ξένης ἀπογενόμενα. Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης ἀπογενόμενα, hæredem institutum, sed liberos ex fratre, cum peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis, nulla hæredis institutio facta est. Joann. Castillo Sotom. tract. *de usufr.* c. 60. Quin etiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita palam accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. Dom. Gudelin. *l.2. de jur. Nov. cap.5.* Dom. Christ. *vol.1. decis.* 247. n. 8. & *decis.* 305. *n.* 17. & *seqq.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE

Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26.

1. *Ratio ordinis, simul quam varie verbum substitutionis a nostris usurpetur?*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque specialis explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito, intelligi directam: quæ & perfectius definitur.*
4. *Vulgatæ a visione substitutionis notantur; ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, quæ h. t. explicantur.*

POstquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta recte ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmentur. Cæterum cum testatori permissum sit, non tantum hæredem testamento instituere, sed etiam in locum deficientis hæredis instituti alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat: nonnunquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commode una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi hæredis, verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 5. C. de leg.* item cum agunt de fideicommissis tum hæreditatis, tum rerum singularum, ut videre est *in leg. cohæredi,* 41. §. 1. *h. t. de vulg. & pupill. l. cum proponebatur* 64. *l. cum pater,* 77. §. *pen. l. Titi.* 1. 87. §. 2. *de leg.2. l. hæredes* 47. §. 1. & 2. *ad SC. Treb. l.14. Cod. de fideic. l.6. C. de instit. & sub.* Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi substituendo, veluti, *Titius hæres esto: Si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto*; vel legatario; veluti: *Titio fundum Cornelianum do, lego. Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperit, eundem fundum Sejo do, lego, l. ut hæredibus, 50. de leg.2.* Nam hæc quoque directa substitutio est, & ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l.6. C. de leg.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod ita relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, cum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l.7. l.15. h. t. l.5. l.7. Cod. de imp. & al. subst. l.14. C. de fideic. §. pen. inf. de eod.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam, accipiatur saltem ut generis πρὸς τι, & eo pertineat, ut varium vocis usum, quem in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris sive proprie sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi fideicommissis, *l.6. §. Titius, 5. ad SC. Treb. l. tutores, 39. §. 3. de adm. tut. l. cum pater, 77. §. volo, 13. de leg.2.* cum similibus, quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longe remotum occupavit circa finem hujus libri, *in Pand. lib.36.* cum de substitutionibus agatur *lib.28.* Igitur, quod ad propositum attinet, si quæratur, quid sit substitutio, ea scilicet definiatur: Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio; vel brevius & simplicius, est secundi hæredis institutio, *l.1. ex facto*, 45. §. *Luc. in fin. h. t.* Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus reperiatur, habito scilicet respectu non ad ordinem scripturæ, sed successionis; & quia omnis substitutus collatus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ relatione nomen substituti accipit, semper secundus est. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ fit post primam & in locum primi hæredis deficientis, recte dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur, quæcumque contrahantur post primas. VINN. Non usquequaque vera est hæc Vinnii observatio. Qui enim substituti substitutis, subinde vocati hæredes tertii, quarti, quinti: non secundi. Hinc *tertiorum hæredum* meminit Sveton. in *Claud. c. 6.* HEIN. Species substitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque, vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti; breviloquam, quam alii melius reciprocam, cum hæredes instituti invicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum hoc compendio, *Quandoque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species; plures casus & tempora: veluti si pater ad eum modum substituerit filio impu-

puberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit, etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substituit, Gomez 1. *resol.* 7. & 8. Grat. §. *substitutio*, q. 3. q. 51. & *multis seqq.* Sichard. *in l.* 8. *C.h.t.* Ant. Merend 4. *contr.* 6. Duarenus autem ad hunc t. c. 3. & Soar. ad Gomez 1. *res.* 3. ponunt huc quatuor, vulgarem pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longe rectius nostro quidem judicio, Vigl. Mynf. Hotom. *hic*. Don. 6. *comm.* 23. duas duntaxat species statuunt, vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt, & specie revocant. Etenim si genera substitutionum a casuum differentiis distinguenda sunt, plura poni non debent quam duo; sicut nec plures sunt casus, in quos fit substitutio, quam hi duo, unus, si institutus hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis; alter, si hæres erit, qui secundus, & proprius pupillaris, *l.* 5. *l. Lucius*, 25. *h. t. leg.* 8 *Cod. eod.* potestque substitutio exemplaris, quam vocant, [illegible]; referri ad pupillarem, & commodiore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §. 2. *tit. seq.* Compendiosa & reciproca diversas substituendi formulas denotant conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est: neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est, quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio proprie substitutio est, pupillaris non tam substitutio, quam institutio prima, utpote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam ab ipso primo loco institutus. Ant. Merend. 4. *contr.* 6. *n.* 12. & 13. Obtinuit tamen, ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat Ulp. *l.* 2. *in fin. h. t.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. *liberis*, 5. *t. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sane & parce pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de effectu, ut sciamus quas in partes, nulli substitutioni adscripti substituti vocati intelligantur, & quatenus extendenda substitutio. Dicitur vulgaris a vulgari & usitato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscue omnibus hæredibus a quovis testatore fieri potest. Quid ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

T E X T U S.

De pluribus gradibus hæredum.

Potest autem quis in testamento suo plures gradus hæredum facere; ut puta, si ille hæres non erit, ille hæres esto. Et deinceps in quantum velit testator, substituere potest. ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium hæredem instituere possit.

N O T Æ.

Substituere,) Substitutio est secundi vel ulterioris hæredis institutio, *l.* 1. *h.t.* Est autem duplex, una vulgaris, quæ cuivis a quovis testatore fieri potest in hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erit; altera pupillaris, quæ a parentibus fit liberis impuberibus, quos in potestate habent, in casum contrarium, si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem decesserit; ad quam speciem [illegible] referri potest & illa mente capti, de qua §. 1. *t. seqq.* Fideicommissariæ substitutiones huc non pertinent; de quibus *infr. tit.* 23.

Novissimo loco in subsidium) Defunctorum interest, ut habeant successores, *l.* 6. *de inter. in jur. fac.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*
2 *Gradus hæredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie, quam testator fecit, æstimari.*
3. *Conditionem hanc*, si hæres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis, & an uno horum expresse contineatur & alter?*
4 *Conditionem*, si hæres non erit, *diversimode accipi pro diversa qualitate hæredum & personæ instituti.*
5 *Suum hæredem, accepto vulgariter substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.*
6 *Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentiæ, sed voluntatis & abstinentiæ.*

IN *testamento*) Recte *in testamento*, ut & Marcian. *l. potest*, 36. *eod.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui hæres non potest, ita nec substitui: siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, §. *pen. instr. de cod. l. quod per manus*, 10. *de jur. eod.* Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæredes legitimi rogati videantur, hæreditatem substituto restituere. Sententia communionis & usu recepta non doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l. SC.*, 76. *ad SC. Tr. l. illud*, 13. §. 1. *de jur. C. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc eandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Vigl. & pro axiomate quodam esse jubet, multarum quæstionum arbitro.

2. *Plures gradus hæredum*) Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribuntur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita deinceps, *l.* 2. §. *defertur*, 4. *de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet, ut ecce, in hac formula: *Titius hæres esto, si Seius hæres non erit; Seius hæres esto.* Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, & gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, *l. si ita*, 28. *de hær. inst. l.* 2. §. *pen.* & *ult. h. t.* Nec vero etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes uno eodemque gradu habentur, & ideo simul ad successionem ex testamento admittuntur, quemadmodum ad successionem ab intestato vocantur omnes, qui eodem gradu cognationis sunt. Ubi autem gradus a testatore facti sunt, tum scripti impediuntur simul hæredes esse, *l. cum in test.* 37. *de hær. inst.* nec substitutio locus est, quamdiu admitti potest prior hæres institutus, *l.* 3. *l. quamdiu*, 69. *de acq. hær.* idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes a testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu insti-

institutos esse apparet, quam substitutos: ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit) Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco, sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis ita, *eosque invicem substituo*. (3) Casus autem iste, *Si hæres non erit*, generalis est, continens in se & casum voluntatis, ut loquuntur, *si hæres esse nolit*; & impotentiæ, *si non potuerit hæres* esse. Fac. *l. si quis*, *56. sol. matr.* Uterque casus speciatim exprimitur *l. 3. C. de hær.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, *si mortuus sit*, *si deportatur*. Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez 1. *var. resol.* 3. *n.* 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut voluntatis duntaxat, aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse: & perinde habendum ac si uterque expressus esset: & manifeste obstat huic sententiæ, *l.* 10. *de lib. & post.* Sane non dixerim, eum, qui expresse & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casu mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est, quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. Gallus*, 29. §. *quid*, 5. *d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum, & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *titul. seq.* quamquam non tam prudentum interpretatio hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci *l.* 4. *hoc tit.* add. Cujac. *ad d. l.* 10. *de lib. & post* Duar. *cap.* 9. *hoc tit.* (4) Porro conditio hæc, *Si hæres non erit*, pro diversa qualitate hæredum personæque instituti & ipsa diversimode accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sui hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subjectus est eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. *ult. infr. eod.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paterna hæreditate abstinuerit, si cum effectu hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi*, 30. §. *sed & si*. 10. *de fideicomm. libert.* cujus rei notabilis effectu indicatur in specie *l. ult. de acq. hær.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi hæres non erit*; ex voluntate substituentis, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione hæredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posse: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra ei substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo procul dubio continetur etiam casus voluntatis. (5) Ac dicendum omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset nisi jure prætorio, abstinendi nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprie acceptum a patre, ac proinde ex jure civili: per *l.* 12. *de cond. inst. l. jam dubitari*, 86. *e l hæred. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, *arg. d. l.* 12. *& l.* 16. *de lib. & posth.* Grass. §. *substitutio q. num.* 3. sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris: & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita; quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium *arg. l. un.* §. & §. *cum autem*, 13. *C. de eod. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C. de his qui ante ap. tabul. hæred. trasm.* nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas dicta lege Theodosii comprehensas. Et vero, quod omnino considerandum, in persona sui hæredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, uti factum videmus edicto Prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas. (6) Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum voluntatis & abstinentiæ duntaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit. Zas. *tract. subst. c.* 1. *in quarto effectu*, Gomez. 1. *resol.* 3. *n.* 15. 16. & 24. Bachov. *in Treutl. vol. disp.* 11. *thes.* 7. Christin. *vol.* 5. *decis.* 16. *n.* D. Joan. a Sande *lib.* 4. *tit.* 3. Illud quoque mihi plane persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutus hæredem fieri jure civili: hoc est, directo ex substitutione venire, hæreditatem adire posse vi formulæ, *Si filius mihi hæres non erit*, *Sempronius hæres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed a Prætore tantum ad bona admitti contendit, *decad.* 33. *err.* 7.

Novissimo loco servum necessarium) Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum sibi vult prospicere, ne intestati exitum faciat; is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituere hæredem necessarium, quod illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntatis hæredibus, modis omnibus a se avertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 1. *infr. de hær. qual.* Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem, dando ei substitutus in eum casum, quo hæres non esset, utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, *arg. l.* 12. *de cond. inst.*

TEXTUS.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui vel unus* in

in plurium, vel singulis vel singulorum vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.

COMMENTARIUS.

COmplures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæres instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus hoc loco, & apud Marcianum, *l. pet.* [illegible], 37. §. §. 1. omissus est forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse est, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nævius hæredes sunto, si non erunt, Decius esto*: is utique aperte ostendit, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum literte quoque traditum est *l. 4. C. de impub. & al. subst.* Quare vix est, ut credam apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, *l. pen. C. hoc tit.*

Vel invicem ipsi) *L. cum testamento, 37. §. 1. de hær. inst.* Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Papinianus mutuam, *l. cum proponebatur, 41. de legat. 2.* eamdem extat apud Svetonium *in Tiberio cap.* [illegible]. Doctores vero appellant breviloquam vocabulo non satis rei conveniente: neque enim ex verborum brevitate æstimatur; sed ex reciprocatione formulæ, quam [illegible] oratione concipere, ut fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

Quam partem singuli substituti accipiant, si partes in substitutione expressæ non sint.

2. *Et si ex disparibus partibus hæredes scriptos in vicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: & ita Divus Pius rescripsit.*

NOTÆ.

2. *Ex disparibus partibus*) Species: *Octavius ex uncia hæres esto, Nævius ex besse, Decius ex quadrante: & [illegible] que invicem substituo.* Hic repudiante Decio, videtur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nævius, unam Octavius, *l. 24. eod.* Male exemplum posuit Th. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & male carpitur a Pac.

D. Pius rescripsit, *L. 1. C. eod.* congruunt *l. 5. & dict. l. 24. ff. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredes ex imparibus partibus instituti, atque invicem simpliciter substituti, in substitutione in partes hæreditarias vocati intelliguntur: & quomodo hæc regula temperanda; num. 2.*

PLuribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum assem ex substitutione feret: si plures pluribus eodem modo substitutis, singulis ex partibus æqualibus hæredes erunt; licet inæquales ad criptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui substitutus sit. An si singulis, tum cum quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit, quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator hæredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles, an in hæreditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. (1) Et D. Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hæreditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse, ex quibus instituti sunt, *l. 5. si pares, 24. hoc tit. l. 1. C. eod & hoc text.* Optima sane ratione: neque enim verisimile est, testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione; qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta a substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imper. 74. de legat. 1.* clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, *arg. l. 14. de leg. 1. l. 1. C. de impub. & al. sub.* Ant. Fab. *C. suo tit. 7. defin. Christin. vol. 4. decis. 13. num. 7.*

Invicem substituerit) In duobus hæredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper, quod reliquum est habere oportet, & in solidum hæredem fieri. Sed minimum tres institutos, eosque invicem substitutos ponamus necesse est: verbi causa, uti Ulpianus speciem proponit, *d. l. 24. hoc tit.* si unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem partes dividetur quadrans, feretque octo partes, qui ex besse institutus est, unum partem, qui scriptus ex uncia. Manifestum igitur est, male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse, dum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

Quas in institutione expressit) Ulp. *d. l. 24.* hoc sic temperat, *nisi alia mens fuerit testatoris.* Quibus verbis Interpretes denotari & excipi putant etiam casum, quo non simpliciter & tribus verbis omnes invicem substituuntur, aut quidem sub appellatione hæredum alicui ex cohæredibus, puta hoc modo, *Si Titius hæres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Tertii esto*, aut *Cæteri, quos primo loco scripsi, sunto*; sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante hæredes sunto. Si Titius hæres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii hæredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est æquales non hæreditarias partes habebunt: idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione proprie cujuscumque nomina repetens, jam non ad partes in institutione data, sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, *arg. l. nonnumquam, 25. ad Se-*

Senatusconsultum Trebell. leg. si hæredes, 124. *de legat.* 1. *l. si communis*, 37. *de stipul. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l.* 24. *hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet, expressionem propriorum nominum ex interpretatione prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est, si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. quoties*, 23. *ad Senatusc. Trebellian.* Gloss. *in l.* 1. *C. de impub. & al subst.* Gomez 1. *resol.* 5. *n.* 20. D. Tulden. *comm. hic. c.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 13. *num.* 7.

TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituatur.

13. *Sed si instituto hæredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit, Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

NOTÆ.

3. *Sed si instituto hæredi*) Species: *Primus & Secundus hæredes sunto: Si P. hæres non erit, S. hæres esto; si S. hæres non erit, Tertius hæres esto.* Verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l.* 27. *l.* 41. *eod.* ex quo jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione) Id est sine distinctione mortis & scripturæ, ut nihil intersit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit: nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Sec. hæredes sunto: si S. hæres non erit, Tertius hæres esto. Si P. hæres non erit, S. hæres esto*, *l.* 41. *princ. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad secundum substitutum pertineat?*
2. *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

SI paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa, *Si Titius hæres non erit*, generalia sint, & utrumque casum complectantur, sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Cæterum hæc species huc pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expresse substitutus non est, nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius*, 27. *l. cohæredi*, 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine distinctione ad utramque partem) Si scilicet neuter hæres extiterit: Videamus primum de partibus: deinde explicabimus, qui illud sit, quod ait, sine distinctione, 1 De partibus dubitari poterat, non an ambæ ad substitutum pertineant, sed an pertineant jure substitutionis tanquam ad substitutum utrique. Nam si, verbi causa, Mævius, cui Titius cohæres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio, ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideo ad partem quoque Mævii dixerit aliquis; non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, cui Sempronius substitutus jam prius accrevit, vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici potest, quia deficientium portiones non accrescunt aliis, quam qui ex sua parte hæredes extiterunt, *l. unic.* §. *his ita*, 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l. si Titio*, 33. *in fin. de usufr.* Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, exspiravit substitutio, *l.* 5. *Cod. de impub. & al subst.* Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum Interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neutquam tamen dici posse contendit, revera substitutum esse Mævio. Sed merito DD. communiter, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus, partem Mævii accrescere Sempronio, cui etiam accresceret, etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & inepte talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacite substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis aperte docet hoc loco Justinianus, cum ait, substitutum ad utramque partem admitti; admitti videlicet eodem jure atque ex substitutione, de qua sola hic disputatur, & quia, ut diserte ait Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert, ex substitutione an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Caium quoque hæredem institutum, hic jam Sempronio proderit, jure substitutionis, deferri portionem Mævii, ut excludat Caium, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari possit, quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quantumvis ante decesserit, quam ipsi quicquam accresceret; substitutionem autem ad hæredem non transmitti, *l.* 9. *de suis & l. totiens*, 81. *de acq. hær.* Qui autem illud est, quod ait Imper. *sine distinctione admitti?* Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani, *l. cohæredi*, 41. *in princ. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea, veluti in hoc exemplo, 2 *Titius & Mævius hæredes sunto: si Titius non erit, Sempronius esto; si Mævius non erit, Titius esto.* Secundo nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum, an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, *l. qui habebat*, 47. *eod.* Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio hærede filiam exhæredavit: & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit: filia, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hæreditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitu-

stitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ: sic enim ille locum legit. *cum filia pubes prior decesserit*. Et quia sciebat, apud alios legi *impubes*, (quomodo tertias quoque Pisanus & Nericus habent) notat; *dum impubes, nunc pubes*. Sed in tali casu non debebat Jurisconsultus distinguere, cum nec si post institutum substitutus jam pubes & hæres factus decesserit, ex secunda substitutione quisquam admitti possit. Bachovius putat in pupillari substitutione diversum jus esse, aut saltem in specie d. l. 47. ubi pupillo non cohæres substituitur, sed filia exhæredata, eamdem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atque idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, *l. Julianus*, 42. *de acquir. hæred.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hæreditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordiæ adscribendum, quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hæreditatis, Scævolam respondisse de duabus hæreditatibus, ad quas rescriptum itaud temere procedendum sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

T E X T U S.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis paterfamilias arbitratus hæredem scripserit; & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba*, Si hæres non erit, *in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur*. Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: *in eo vero, quem patremfamilias arbitratur, illud significant*, si hæreditatem sibi vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

N O T Æ.

In partem admittitur] Theophil. τὸ ἥμισυ λαμβάνει recte, pars enim ἐνταῦθα posita dimidiam significat *l.* 43. *de usufruct. l.* 146. §. 1. *de verb. signif.* species dict. *l.* 40. Sempronius cohæres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur: add. quæ ibi notat Gothofred.

Subjectum esse testator scit] Et hoc casu in totum excluditur substitutus, *leg.* 7. *de acq. hær.* sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

Tiberius Cæsar] Pompon. *l.* 41. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Si filiusfam. hæres institutus sit, eique, si hæres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio, pater, an substitutus admittendus?*
2. *Pleræque aliæ quæstiones, quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*
3. *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hæreditas ex æquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus diximus, hæc verba, *Si hæres non erit*, in persona patrisfam. significare, si nec ipse hæres erit, nec alium hæredem mutata postea conditione fecerit. In eo, qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse hæres non erit, vel ei, cujus juri subjectus est, hæreditatem non acquisierit. Et igitur si paterfam. hæres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si hæres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hæreditatem acquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus, dominum aut patrem hæredem fecerit, in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfamilias hæredes instituti & in casum, quo hæredes non erunt, substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hæreditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem hæredes fecerint, substitutus itidem in totum repelletur, *l. si paterfam.* 40 *de hær. inst. l.* 7. *de acq. hær. l.* 5 *Cod. de imp. & al. subst. & hoc text.* Cæterum hoc ita, si testator non ignorabat, eum, quem hæredem instituit, in aliena esse potestate: nam si patremfam. esse putabat, qui servus alienus erat, hic propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris media via electa est, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *dict. leg.* 40. *& seq. de hæred. inst. & hoc* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id, quod in veritate est, quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumpta voluntate testatoris, qui non videtur domino contulere voluisse eum hæredem instituens, quem ignorabat dominum habere. 1 Quæsitum est, si filius familias hæres institutus, eique hac conditione, si hæres non foret, substitutus datus sit, utrum repudiante filio, pater, an substitutus, Duarenus *in comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro patre respondet: Viglius *ad hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo, substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item: tum etiam, quia repudiante filio, existit conditio substitutionis, quæ in extraneo hærede instituto, qui alieno juri subjectus est, hunc sensum habet, si neque ipse hæres erit, neque eum, cujus in potestate est, hæredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *Cod. de hær. inst.* Ad hæc si cohæres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus? Constat enim, jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *leg.* 2. §. *si duo*, 8. *de bon. poss. sec. tabul.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus, *l. ult.* §. 2. *C. de bon. poss. quæ lib.* filio repudiante, jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus, constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus, qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet: quem utique magis testator dilexit, quam patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii duntaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non ever-

evertere; & vulgatum est, provisionem hominis facere, ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi cohæres filio pater datus esset, nihilominus tamen, filio repudiante, a substituto excluderetur, *d.l.2.§.si duo*, 8. *sec. tab.* Aliud argumentum ducit Duar. a conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante, quam adeunte filio deficere, propterea quod repudiatione sua patrem hæredem faciat, *arg. d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l. si paterf.* 40. *de hær. inst.* & *hoc nostro* §. Verum in hoc manifeste errat: nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur, ut ipse hæreditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet, ubi testator ipse alium hæredem sufficit. Per filium ergo, qui repudiavit, pater hæres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianææ, quæ cum habet pro instituto, ubi scilicet alius a testatore non vocatur; nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac tectam leges omnes conservant. Non aliter autem dominus aut pater per servum aut filium hæredes existere possunt, aut hi illos hæredes facere, quam adeundo: repudiando autem nequaquam, *l. 7. de acq. hær. l. 3. C. de hær. inst.* & *hoc text.* & alioqui etiam quivis hæres institutus hæreditatem recusans adire dici posset eos, qui ab intestato veniunt hæredes facere, & cohæres cohæredem, atque ita fieret, ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l. 13. §. 3. de acq. hær.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eam hæredem fieri; sed repudiationem filii non obstare, quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus. Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. 5. C. de imp. & al. subst.* nihil referre debet, utrum filius ipse hæres institutus, an pater hæreditatem adeat. Sed non animadvertit, hoc argumentum in se retorqueri posse, hoc modo: Si pater & filius una persona censetur, filio per repudiationem ab hæreditate remoto, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l. ex facto*, 35. §. *verum*, 3. *de hær. inst.* Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. *in d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. subst.* Fach. 4. *contr.* 63. Ant. Fab. *dec.* 33. *err.* 7. Don. 6. *comm.* 24. Bachov. *in Treult. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. dissentiunt cum Duareno Bart. *in l. 1. hoc. tit.* Gloss. Cyn. Castr. *in d. l. ult.* Merend. 5. *contr.* 8. Graff. §. *substitutio q.* 9. *n.* 4. (2) Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus, nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo hærede instituto, eique substituto dato in casum, quo hæres non erit, fiscus potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hæreditatem indigno auferat, an locus sit substituto? Ego cum Duar. *d. c.* 10. & DD. comm. Graff. *d. n. q.* 8. pro fisco contra substitutum responderem; per *ex. in l. cum quidam*, 12. & *jus regulare d. tit. de his qui ut ind.* neque pœna instituti hæredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l. si sequens*, 15. *de SC. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati, nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l. 1. C. de hær. inst.* testamentum a substitutione exordium capiet, *arg. leg. 3. §. ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is, in quem extra causam substitutionis hæreditas non adita transmittitur. Jure veteri sui hæredes potestate nudæ existentiæ hæreditate transmittebant in hæredes quoscumque, *l. 3. Cod. de jur. del. l. 8. C. de suis & leg. hær.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi a parentibus hæreditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. Cod. de his qui ant. apert. tab.* Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hæreditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani, *l. cum in antiquioribus*, 19. *C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus hæres, qui in casum, quo hæres non foret, substitutum accepit, antequam se bonis parentis immiscuisset aut abstinuisset, mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hæreditatem transmittant ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive hærede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicue falsum est, ut ostendimus *sup. in not. sub fin. pr. eod.* ubi plenissime probavimus, jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo hærede operari in casum impotentiæ, sed abstinentiæ duntaxat. Insignis vero error est Jo. Deckeri *lib.* 1. *diss.* 14. *n.* 43. asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suitatis est, quia suus hæres institutus non aliter testamento hæres fit, quam se immisceat. Notissimi enim juris est, suos hæredes tam ex testamento, quam ab intestato statim atque ipso jure hæredes existere, §. 2. *infr. de hær. qual.* *leg.* 1. §. *qui sunt*, 7. *si quis omiss. caus. test. l. 3. C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *decis.* 34. *err.* 4. Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii, *d. l. unic. C. de his qui ant. ap. tab.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l. unic.* §. *cum autem*, 13. *C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod ante sui hæredes soli & simpliciter habeant, etiam in casu substitutionis diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. *d. cap.* 10. Ant. Fab. *d. err.* 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta. Graff. *dict. quæst.* 9. *num.* 3. neque Jo. Deckerius, *ubi supr.* quicquam affert, quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani *d. l. cum antiquioribus*, 19. *C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianæum, cum Salicet. *in dict. leg.* 19. Ant. Rip. *in l. 1. hoc tit.* Zas. *tract. subst. cap.* 1. *in tertio effect. ver. tertia species*. Polit. *de vulg. subst. num.* 92. & *seqq.* Ant. Fab. *dict. decis. err.* 5. Decker. *dict. dissert. numm.* 44. neque enim nova & exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Justiniani *dict. l. unic.* §. 5. junct. §. *cum autem*, 13. *C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commode referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut proprie verba Imperatoris accipiantur, & de his solis, qui ipsam hæreditatem transmittunt. Diss. *hic.* Duar. *dict. cap.* 10. & DD. commun. Gomez. 1. *resol.* 3. *num.* 25. Graff. *dict. q.* 9. *num.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 17. *num.* 2. Fachin. 4. *cont.* 62. Postremo quæritur, quid juris sit, institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus fit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, *arg. l. ex contractu*, 44. *de re jud. l.* 1. §. *antep. l.* 2. §. *si bonorum*, 10. *ad SC. Tertyll.* Gloss. Salic. Cyn. & alii *in l. 5. Cod. de imp. sub. & al. subst.* & hanc se-

sequuntur Ant. Fab. 3. conject. 4. Donell. 6. comm. 24. Sed contraria de jure verior videtur, per d. l. 5. & textus perspicuus in inst. success. edict. l. 7. §. sed quod Papinianus, 10. & ibi Cujac & Paul. Buf. de min. rubr. Neque enim mere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zasius tract. fuisse. 1. [illegible]. Duar. d. c. 10. Ant. Merend. 4. contr. 9. Bachovius in Treutl. vol. 2. disp. 11. thes. 7. Perez. ad tit. Cod. de repud. & abst. haered. num. 7. Utrum autem exclusio instituto ad legitimum successorem pertineat, quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fisco locus fiat, quod Cujacio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum revertamur.

Mævius in partem admittitur. Non exprimit in quotam: & ita quoque simpliciter scriptum est in leg. Cum ser., 41. de hær. inst. hæreditatem divide inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hæreditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat, ut Gloss. & DD. communiter voluerunt? Non dubito, quin ex æquo, quo modo hunc locum & Theophilus interpretatur. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidium significet, l. mævium, 164. §. 1. de verb. sign. l. etiam, 3. de usufruct. 13. Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferantur, quam ratione vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio. Quinimmo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erit, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quam domino, qui mera tantum ratione juris petitur, & de quo testator cogitare non potuit, cum eum institueret, quem ingenuum putabat. Obstat tamen huic sententiæ d. l. si paterfam. 40. de hæred. inst. ubi Julianus in hac ipsa specie aliam partitionem facit, & duos vult semisses fieri, ita ut alter semis inter dominum & substitutum æquis portionibus dividatur; cumque de altero semisse nihil definiat, eum domino plerique assignaverunt. D. Cujacius existimat, pro alter semis, ut in extremo d. l. 40. legitur: legendum as, mendumque natum ex errore notarum. Alciatus. 1. disp. 2. scribit, se in exemplari ita legisse in princ. d. l. eique, si hæres esset, Sempronium cohæredem substituerit. Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mire juvant. Ait enim Julianus: igitur in hoc casu duo semisses fient. Cur ait, in hoc casu, nisi ut significet, si talem casum proposuisset, cui conveniret hæc divisio: nempe quando servo, qui liber putabatur, cohæres substitutus est, in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu a Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat; quippe quem Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi: de altero poterat; & hunc, Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantum semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii, pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit, intelligunt, in re ipsa consentientes. Plane si manifeste appareat, testatorem per eum, quem opinionis errore liberum esse credens hæredem instituit, ad alium quemquam hæreditatem pervenire noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hæreditas substituto, l. 3. Cod. de hæred. instit. VINN. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio, nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa l. 40. ff. de hæred. inst. manifesto sunt duæ species. Prior hæc est. Paterfamilias instituerat Titium servum, quem ingenuum putaverat, eique substituerat Sempronium. Titio jussu domini adeunte, quærebatur, an Sempronius esset in partem admittendus? & respondit Julianus: *Potest dici, Sempronium in partem hæreditatis* (puta dimidiam, quæ quota non expressa ordinarie intelligitur. l. 164. §. 1. ff. de verbor. significat. l. 43. ff. de usufr.) *admitti*. Addita ratione, pergit Julianus: *Quæ aliquando non eos pertinent, qui paterfamilias hæredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses fiant, ita ut alter semis inter eum, qui dominus instituti hæredis fuerit, & substitutum æquis portionibus dividatur.* Et hæc manifesto est altera species. Paterfamilias instituerat Titium, tunc ingenuum; sed postea deductum in servitutem, substituto ei Mævio. Quærebatur, Titio jussu domini adeunte, an & hic substitutus in partem admittendus sit? Respondit, admittendum: sed non in dimidiam, sed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore casu, testator circa hæredis statum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & & Oswald. Hilligero in *Donel. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii, an Titii servus fuerit, elegans & erudita est διάσκεψις in Gudlingianis *T. 6. part. 30. art. 3. part. 455. sep.* HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 26.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo aspectu substitutio? Simul argumentum tituli.

SEquitur directæ substitutionis species altera, quæ a subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes sit, in potestate patris esse desiit, *l. pupillus 239. de verb. signific.* tamen quia vis omnis testamenti, & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, vere substitutio est, sive secunda institutio, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, quam institutio prima: quippe per quam non ei, qui testamentum fecit, & gradu secundo succeditur, sed pupillo, cui testamentum factum est, & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus a Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem proprie censet esse substitutionem. Cur vero, cum pupillaris proprie substitutio non sit, eo tamen nomine a veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non a testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus speciei dividi potest in propriam seu veram, & qua-

quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit: propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur; quasi, seu exemplaris fit mente captis, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum quæ hoc tit. traduntur, hæc est. In principio docetur, qui, quibus pupillariter, & qua forma substituant? quis hujus rei est usus. & unde illud manarit? Inde agitur de substitutione quasi pupillari, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis reperitur: dein parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hic jam amplius, quibus pupillariter substitui possit, declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma: ac postremo sequuntur contraria.

T E X T U S.

Forma, effectus, origo, & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita, ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres; sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres; veluti si quis dicat hoc modo. Titius filius mihi hæres non erit; sive hæres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit*, tunc Sejus hæres esto. *Quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres: si vero extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

N O T Æ.

Quos in potestate) Et ideo nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, *l. 2. h. t.* Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ, *Si filius me vivo suus hæres esse desierit, &c. d. l. 2.* Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, *l. 41. §. 2. eod.*

Velut si quis) Formula gemellæ substitutionis simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum facta intelligitur, *l. 4. h. t.* fac. *l. 2. & l. 4. Cod. eodem.* Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæsitum in Curiano judicio; de quo Cicer. multis locis, & Quintil. 7. c. 7.

Sives hæres erit, &c.) Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

Si non extiterit) Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne dudum nomen hæredis noceat substituto, *arg. l. 67. pr. de ript. nupt. l. 68. de l. 1.* Non recte igitur Theoph. *hic.*

Si extiterit hæres) Hic casu propter utilitatem pupilli extitisse, intelligitur, etiamsi bonis paternis abstineat, *l. 12. h. t. l. 43. de acquir. hær. l. 27. de verb. aut jud.* & hoc est, quod vulgo Interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentia vel confirmari tabulas pupillares, fac. *l. 44. de re jud. l. 41. de acq. hær.*

Ipsi filio fit hæres) Non tantum in bonis, quæ a patre obvenerunt, sed etiam quæ aliunde, *l. 10. §. 5. h. t.* ex lutis aliis legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, *l. 8. §. de inoffic. testament. cap. 1. ff. de testam. in 6.*

Moribus institutum) Ita & Ulp. *l. 2. h. t.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.*
2. *Nepoti, licet in potestate constituto, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.*
3. *Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberos in potestate esse, & cum fit substitutio, & cum pater moriatur; an satis sit, tales esse tempore mortis?*
4. *Exponitur locus Ulpiani in* leg. 2. in fin. princ. hoc tit.
5. *Vulgari casu expresso, etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris aperte refragetur.*
6. *An ex converso, expresso casu pupillari, contineatur & vulgaris?*
7. *Responsum Javoleni expositum* in leg. paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. *Quando accidat, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur?*
9. *Quando intelligatur pupillus patri hæres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem, hæres ei fiat pupillariter substitutus?*
10. *Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.*
11. *Excludi matrem a substituto pupillari etiam quoad legitimam.*
12. *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*
13. *Cur pupillo expedire visum sit, testamentarium a patre hæredem accipere?*

LIberis impuberibus) *L. 2. in princ. eodem*, puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *penul. infra eodem.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit, in fine hujus §. dicetur.

(1) *In potestate*) Etenim patriæ hoc datum potestati est: ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 5. in princ.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. si mater 33. eodem*, pupillares tabulæ appellantur, quas mater filio impuberi fecit, ex eo minime concludendum est, posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur etiam mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primum ratione objecti, quia substitutio facta filio dum adhuc esset in ætate pupillari: deinde quia, substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut recta monet, atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc prudentum fuit, a quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qnam cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *l. cum ex filio 39. hoc tit.* add. Duar. *ad hunc tit. cap. 14.* Non satis autem est, liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatori gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testa-

 to-

toris, nam si, verbi causa, pater nepotem antecedat, non poterit avus hic nepoti pupillariter substituere, quia post mortem avi recasurus est in potestatem patris sui, *d. l. 2. in prin.* Quod si, ut jam non propter ætatem, aut quia impubes, testamentum facere non potest, aut hæredem ex testamento habere: sed quia filius fam. cui nec patri testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Velleiæ etiam nepotibus, quos pater præcedit, substitui potest, *d. §. 1. in princ.* ut si avus dicetur: *Filius hæres esto. Si filius me vivo suus hæres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est, hæres esto. Si nepos hæres erit, & intra pubertatem decedat, Seius hæres esto.* Quæ nepotis institutio fit ex secundo cap. legis Vellejæ. *l. Gallus 29. §. seq. 13. de lib. & post.* De illo quæritur, utrum, ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit hæredes in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio, & quo pater moritur, an vero tales esse sufficiat solo tempore mortis. Accurs. Bart. *in d. l. 2.* & vulgo Interpp. Grat. §. *jussu testam. ... l. 23. n. 5.* sufficere credunt, quatenus etiam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. *in d. l. 2.* Vigl. *hic n. 6.* Covarr. *in rub.* Raynut. *de test. §. 5. n. 2* Duar. *comm. ad hunc. tit. cap. 14.* Don. *6. comm. 25.* contra, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quam quo testator moritur, quibus adstipulor. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore, quo actus geritur, *l. si alienum 49. §. 1. de hær. inst. §. in extraneis 4. inf. de hær. qual.* tritumque est, quod ab initio non constitit, ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. cohæredi 41. §. 2. in f.* Verba sunt. *Si qui ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.* Quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse, quo oporteat impuberes esse in familia, hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet, quam id, quo fit substitutio. Pro contraria sententia fundamento adducitur *d. l. 2. in fin. princ.* ubi si Ulpian. scribit: *Sed si extraneum quis hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, aut adrogaverit, filio præcedente.* Ex hoc loco Accurs. & Bart. probari putant, satis esse ad pupillarem substitutionem, si vel tempore mortis tantum in potestate reperiatur, cui substitutio facta est. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari, quam substitutio fiat: ait enim, *poterit ei substituere, si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus planius intelligatur, licebit paulo altius rem repetere. Docuerat Jurisconsultus, quemadmodum nepotibus, quos patres præcedunt, tuto in primum casum substitui possit; hoc est, ita substitui, ut non evanesceret substitutio, nimirum eos vel institui oportere vel exhæredari, ne in locum suorum hæredum succedentes, (quod uno casu effectum habet suus non præteritus) rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ, alioquin institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse, utcunque satis esse institutum & succedentem postea in locum sui hæredis non rupturum testamentum. Quæ ad sententiam *l. filio 23. 1. de lib. & post.* ac proinde extraneo impuberi hæredi vulgariter substituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte, (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l. si quis 16. §. 1. hoc tit.*) substitui: eam quippe institutionem sufficere, ne successionem, quasi præteritus, rumpat: cum si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat, quam si facta fuerit ex formula legis Vellejæ: sive enim nepos, quem pater antecedit, naturalis sit, sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur. Qua de re abunde dictum in exegesi §. 2. *sup. de exhær. lib.* Cum igitur hic quæratur de eo, qui extraneus fit, non tempore substitutionis, sed institutionis; tantum abest, ut hic locus confirmet contrariam sententiam, ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium, qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia conveniet, divinatoriam appellat. Illa, quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse, quam meras divinationes, facile quivis animadvertere poterit.

Liberis si quis, &c.) Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ a Modestino duplex dicitur, quia utrumque casum complectitur, & substitutionis vulgaris & pupillaris, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Atque olim quidem, ut credibile est, qui sibi & liberis suis in utrumque casum prospectum vellent, ex consilio Jurisconsultorum disjunctiva hac formula ut fuerunt; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substitutus intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.* Primum igitur quod positum extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris: veluti si pater impuberi filio hæredi instituto ita substituat: *Si filio hæres non erit; Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum *& si filius hæres erit, & impubes decesserit*, tacite substitutum videri, *d. l. 4. in pr.* nisi voluntas testatoris aperte refragetur, *l. 4. C. eod.* Etenim quod pupillaris substitutio hic quoque admittitur, id fit ex sola conjectura voluntatis, quæ hinc dicitur, quod credibile sit, eum, qui aliquem sibi hæredem esse voluit, si filius non esset, voluisse quoque eumdem esse hæredem filio, si filius hæres esset, & intra pubertatem moreretur: utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse, quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur, hæredem a patre accipere, *l. Julianus, 42. de acquir. hæred.* In voluntate autem testatoris manifeste contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum contra manifestam voluntatem testatoris; qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3 *infra eodem*, aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum sit, palam est, testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utrique hæredum substitui poterat, *d. l. 4. §. 2. l. Lucius, 45. hoc tit. d. l. 4. C. eodem.* (6) Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit.

de

de sui ?. pupill. quæst. 8. *num.* 39. Vigil. *hic*, *num.* 19. Anton. Fab. *decis.* 32. *err.* 9. & 10. pauci (quamquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant, ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite nunquam contineri. Nos quidem numero Interpretum nobiscum sentientium longe superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsius constitutionis Imperatorum Marci & Severi relatis a Modestino *d. l.* 4. *in princ.* quæ hæc sunt: *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque, &c.* Non ait Jurisconsultus, *cum pater in primum casum*, quomodo Imperator, loqui debuerant, si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent, sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *pict. leg.* 8. §. 2. Qui duos habeat filios, unum puberem, alterum impuberem, utroque hærede instituto, puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres existeret, & intra pubertatem moreretur, ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem, si in utrumque casum expresse impuberi substituat, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutuæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum uterque alteri substituitur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillari, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituit, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituisse. At hujusmodi quæstioni post Divi Marci constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum, sive solum in secundum casum. Denique a ratione non magis alienum est, hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum. Immo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc, quod etiam Domin. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *num.* 4. notat. Nam cum pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum eum, quem filio hæredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumptionis est, patrem voluisse etiam filio hærede non existente, sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto major in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet, testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona si quæ postea obvenerint, habere voluit, quam eum, quem expresse sibi tantum hæredem fecit. (7) Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Anton. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfamil.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* Quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinuit, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere, & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente, hæreditatem patris non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris; eadem ratione colligemus, nec legitimos hæredes abstinente pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione a Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hæreditatem, utcunque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad illam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impugnans notatur a Marcello & Ulpian. *l. Julianus*, 42. *de acquir. hæred.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quinctilianus *lib.* 7. *inst. orat. cap.* 7. meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituerat. Cum posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo, si posthumus impubes moreretur, jam vero posthumum ne natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis, quibus nos usi sumus, probavit Centumviris, M. Curium nihilominus ex substitutione hæredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis, quas Vigl. & Fabr. proferunt, absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem, ut credibile est, Q. Mucii constitutione Impp. Marci & Severi confirmatum est. Plane in substitutione exhæredato facta eamdem interpretationem non esse admittendam facile concedam.

(8) *Quum in suam tutelam venerit*) Antiqua locutio, qua veteres pupillarem ætatem significabant, hoc est, eam, quæ tutorum potestati subjecta est: nam pubertate tutela finitur; & post eam ætatem adolescens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum *l.* 1. *de Orat.* & *l.* 2. *de inv.* Nostri passim, Jav. *l. cum ex filio* 39. *h. t.* Ner. *l. pater filio* 54. *de hær. inst.* Jul. *l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tab.* Paul. *l. si filiæ fam.* 51. *de l.* 3. Prætor in edicto suo *l.* 5. §. 2. *quib. ex caus. in poss.*

Si quidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri fit hæres) Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fit? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defungi contingit, an vero etiam tunc, cum patri superstes, paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire, & patri hæredem fieri, cum filius, vivo adhuc patre, mortuus est. Ego vero censeo, etiam tunc, cum impubes patri supervixit, & expresse bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc: *Si hæres non erit* ex mente testatoris explican-

eandem, ut ea extitisse intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *leg. non solum 67. de rit. nupt. l. si post 68. de legat. 1.* aperte negant, filium, qui se abstinuit, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinuit, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet, *l. cum quasi 30. §. [illegible] 10. de [illegible]* atque hæc res etiam sua habeat effecta: *l. 12. h. t. l. filius 41. cum l. seq. l. ult. de acquir. hæred. l. paterfamil. 28. de reb. auct. jud. possid.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cum, ut docuimus initio *tit. præced.* conditio ista: *Si hæres non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tanquam conditio protestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii, per *leg. 4. in princ. l. jam dubitari 86. de hæred. instit. l. 12. de condit. inst.* ut jam pro concessa sibi a patre potestate suo arbitrio velle aut nolle possit, & citra beneficium Prætoris jure civili se abstinere; sane in casu nostro hæreditas pro acquisita neutiquam haberi debet. Resp. quæ notavimus ad *d. princ. præc. tit.*

Si vero extiterit hæres filius.) Videamus item quando filius patris hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu, ut filio intra pubertatem mortuo, hæres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti, hæredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio, qui expresse abstinuit, intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda hæredis sui existentia confirmentur tabulæ patris & pupilli? Dixeris enim, nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi, quem si admittimus, nudæ existentiæ tribuimus vim aditionis: cui consequens hoc absurdum est, suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Ad hæc cum dicamus, in substitutione vulgari verba hæc: *Si filius hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit, etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis: *Si filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit, quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint a patre instituti cum filio impubere, eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hæreditatem patris adire, *l. 11. §. 5. ad SC. Treb.* Cæterum quominus ita statuamus impeditur textu expresso *l. 12. h. tit.* item his locis *l. Julianus 42. de acq. hær. l. paterfamil. 28. de reb. auct. jud. possid.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis patris, mortuo substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hæreditatem adeat. Stulte & inepte, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hæreditatem deferri substituto, nudaque sui hæredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares, quod etiam perspicue probat *l. ex contractu 44. de re jud. l. filius 41. de acq. hær.* Nec vero adeo absurdum videri debet, quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ, sed immixtioni: non enim necesse est ut nomen hæredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis: *Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæres futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares. Plane si filio datus sit cohæres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tot. de Attil. tut.* atque hic quia vires testamenti a cohærede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit, filium sola potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut patris hæreditas ab extraneo adeatur, *dict. leg. 11. §. 1. ad SC. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l. 2. §. 1. h. tit.* Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ, & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæres alius, qui adire potest. Vid. Bart. *in leg. 12. hoc tit.* & *dict. leg. 11. §. 1. ad Treb.* qui meo judicio felicius hæc expendit, quam vel Cujac. *26. observ. 1.* vel Ant. Fab. *decis. 31. err. 8.* add. Bachov. *in Treult. vol. 2. disp. 12. thes. 3.*

Ipsi filio fit hæres substitutus.) Et in tantum succedit, quantum filii fuit, cum is moreretur, sive a patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impuberis hæredem substituit *l. sed si 10. §. ad substitutos 5. hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l. 10. §. in adrogato 6.* Quia vero ex notissima ratione juris quamdiu ex testamento defertur hæreditas, aut saltem spes est fore, ut deferatur, hæredes ab intestato succedere non possunt, certum est, legitimos pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, a substituto hæreditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio est, cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus hanc prærogativam habet, quod a liberis præterita testamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut ex Nov. 115. ipso jure evertere, utique si vera est communis opinio; quod nunc non disputo. Cum igitur mater hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum faciat: nam quod quis ex persona & nomine alieno faciat, majorem vim habere non potest, quam haberet, si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur, *l. minor 51. §. 1. de proc. l. 13. §. penult. de damn. inf. l. 10. Cod. de hæred. inst. cap. quod per alium de reg. jur. in 6. cum simil.* Contrarium tamen diserte ab Ulp. responsum *l. 8. §. 5. de inoffic. test.* est, nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam, quasi non sanæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit: hujus autem rei pupillum argui non posse, quia

ipse testamentum non fecit, uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere: quæ ratio etiam admissa communi Doctorum opinione accommodari potest ad jus novum. Quicquid enim novi juris a Justiniano constitutum est, ideo tantum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exhæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri a pupillo illata. Neque vero pater, cum liberis suis testamentum facit, testatur ex persona & nullo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet & potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat *l.9. Cod. h. t.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris. (1) Negata querela consequens omnino est, matrem a substituto pupillari excludi etiam quoad legitimam: idque constitutione Bonifacii VIII. nominatim expressum est *cap.* I. *in fin. de test. in* 6. *Licet filius*, inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure naturæ debita privare non possit: pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest*. Boerus *comment. ad hunc* §. putat, matrem, etsi per querelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse, nimirum condictione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *l. omnimodo* 30. *l. quoniam* 32. *Codice de inoffic. test. Nov.* I. *in princ.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *l.*4. *præsumpt.*38. existimat excludi quidem matrem a legitima, quantum ad bona patris attinet; non autem quoad bona filii: siquidem pater in testamento, quod filio impuberis facit, non tam de suis, quam impuberis bonis disponit, & exhæredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib.*4. *contr.* 42. & est communis hæc opinio, Gomez. I. *resol.*4. *n.* 7. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 11. *n.*24. Grad. §. *substituto quæst.* 12. *n.* 5. Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est, cur non idem statuamus in tacita, quæ vulgari expressa continetur. Nam ex constitutione Impp. Marci & Veri hic non minus testamentum, atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expresse in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertere. Quæ sententia, etsi a DD. comm. improbata est, tamen aperte satis confirmatur a sensu contrario *in l.*2. *C. h. t.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis, quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu, quam qui in omnium persona locum habere potest, id est, de vulgari tantum: quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret; aliud respondendum esse: quo etiam faciunt, *l. Lucius* 41. *h. tit. l.* 4. *Cod. eodem*. Sed duo loci hic nobis objiciuntur *l. precibus* 8. *Cod. h. t. l. ult. Cod. de inst. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *dict. lex* 8. quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus: sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimatur, *l.* 6. *Cod. de testam. milit.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem substitutionem: idemque esset, etsi non mater in specie illic proposita & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuissent. In *leg. ult. Cod. de inst. & subst.* hic casus proponitur: Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt, voluntatis esse quæstionem, & matrem potius, quam substitutum ad successionem impuberis admittendam: & secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem illam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus natus impubes viva matre decesserit: sin illa prior mortua sit, valere adversus cæteros. (2) Quis vero non videt, hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie*, *in hujusmodi casu*, & quo colore alioqui Pap. & Ulp. post constitutionem Divi Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est, Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit, ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere a luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *si filius posthumus hæres non erit*, sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *si posthumus natus non erit*. Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumo data, hunc casum, *si posthumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum, *si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*: ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videt eum quem posthumo substituit; & sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumo hæredem esse voluisset, exclusa matre a luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quæratur, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & Vigl. *hic*. Don. *ad l.* 8. *C. h. t.* Vaud. I. *q.* 44. Ant. Fab. 15. *conj.* 9. *& seq. & dec.* 33. *err.* 5. late Vasq. *de succ. prog.* §. 15. *n.* 55. *& seq.* Diff. & DD. *comm. in d. l.*9. Gomez I. *resol.* 4. *n.* 8. Covarruv. *in cap. Raynutius* ..., *de test.* §. 4. *n.* 6. Fachin. 4. *controv.* 40. *&* 41. D. Tuld. *comm. hic*, *c.* 3. *& ad C. h. tit.* Perez. *ibid. n.* 26. *&* 27. Christ. *vol.* 4. *dec.* 15. *n.* 5. Ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechliniensem aliquando censuisse, per substitutionem in pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse. Sed hoc, opinor, ex eo est, quia in Belgio, utique in plerisque Belgii provinciis, substitutioni pupillari plane non est locus; de quo pluscula sub §. *ultimum infr. eodem*.

Mo-

Moribus institutum) Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. Tabularum his verbis: *Uti quisque legassit super pecunia sua*. Pupillaris ad eam legem non pertinet: quippe in qua pater non de sua pecunia suisve bonis, sed alienis, id est, liberorum, disponit, *l.* 10. §. *ad substitutes* 5. *h.t.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l.* 2. *in princ. h.t.* & quod patri lege duodecim Tabularum permissum erat in tutela, ut liberis impuberibus in potestate constitutis testamento tutorem daret, hoc consuetudine paulatim tractum ad pecuniam quoque & fortunas liberorum, ut his patri liceret liberis in ea ætate, qua ipsi testamentum facere non possint, testamento hæredem dare, continuata vi patriæ potestatis, etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem, qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum, sed etiam utile visum, hæredem testamentarium, & eum, qui patris judicio datus esset, habere, *l.* 42. *de acquir. hæred.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit, propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ, vivo adhuc & impubere filio, aperirentur, §. *fin. autem* 3. *infr. eod.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex duodecim Tabulis propter *l.* 2. *princ. ff. de vulg. & pupill. subst.* ubi eius origo MORIBUS adscribitur, quum contra vulgaris diserte ex duodecim Tabulis manasse dicatur in *leg.* 10. §. 5. *ff. eodem.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex duodecim Tabulis esse, quum in illa migrasse [illegible] vel [illegible], testetur Dion. Hal. *lib.* 2. *pag.* 69 & *lib.* 20. *pag.* 676. Sanxerant Decemviri: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita ius esto*. RES ratione patris erant & liberi, qui & mancipari poterant, Cajus *Inst. l.* 1. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* quin iis surreptis locum habeat actio furti, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela testamentaria est ex duodecim Tabulis, quia paterf. potest *legare de tutela suæ rei*; ita ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia Decemviri patrif. concesserant *legare super pecunia suæ rei*. HEIN.

T E X T U S.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati, etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, quo prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios, vel nepotes, vel pronepotes, cujuscumque sexus, vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pupillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus, & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

N O T Æ.

1. *Constitutionem*) *l.* 9. *Cod. de imp. & al. subst.* olim opus erat speciali privilegio, *l.* 43. *h. t.*

Ut si qui habeant filios) Licet non habeant in potestate, *d. l.* 9. ibi, *qui vel quæ testatori vel testatrici*.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta?*
2 *Utroque parente superstite & exemplariter substituente; patris potius quam matris substitutionem ratam esse.*
3 *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*
4 *Etiam impuberibus mente captis, & a patre, in cujus potestate sunt, exemplariter recte substitui.*
5 *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6 *Si plures sint mente capti liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*
7 *An etiam exheredatis exemplariter substitui possit?*
8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo?*

HOc §. agitur de substitutione mente capti, quæ pupillari substitutioni finitima est, atque ejus species quædam imperfecta, unde a nonnullis quasi pupillaris dicitur. Veteres Interpp. exemplarem vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est; Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege, neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus, sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi, ut id sibi liceret, specialiter a Principe impetrassent, *l. ex facto* 43. *h.t.* quod quia vel non semper impetrari, aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianus ius regulare fecit, atque ex privilegio commune, data parentibus potestate, quantumvis non impetrata a Principe licentia, liberis suis mente captis, licet puberes sint, ad eum modum substituendi, quo iam antea ex more recepto parens filio impuberi substituere poterat, nimirum in eum casum, quo hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l. humanitatis* 9. *Cod. h. t.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

Qua ratione) Nimirum eadem illa, quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione, qua antea receptum fuit, ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus, qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. VINN. At non plane eadem est substitutionis ratio. *Pupillaris* enim [illegible] nititur patria potestate: *exemplaris* [illegible] illa parentum naturali. Quare illa fit a solo patre: hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut si qui) Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum: ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum referat, qui liberos habent in potestate. Etenim substitutio hæc non ex ratione aliqua juris civilis, sed ex sola humanitate, affectione, pietate & cura parentum erga liberos introducta est, quæ eadem est in omnibus parentibus, *dict. leg.* 9. quod tamen timidius diceremus, nisi ipsis legis verbis parentibus omnibus eadem potestas tribueretur: *parenti, qui vel quæ testatur*; *testatori* vel *testatrici*. Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater, filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quam matris substitutio rata

sit,

sit, ut recte Vasquez. *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *num.* 39. *& seqq.* Donell. *comment.* 27. Quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *dict. l.* 9. *num.* 8. quod etiam probant D. Perez. *in Cod. h. tit. num.* 31. & D. Tuldenus *in comment. hic cap.* 10. Sed hæc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire; nam utraque fit bonis liberorum omnibus: & insolens est, aliquem cum duobus testamentis decedere; quamquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo curent. Atque hæc est prima hujus substitutionis & pupillaris differentia.

Mente captos) Furiosum quoque mente captum esse, id est, lumine mentis carere, certum est. Sed usu veterum mente captus a furioso distingui solet, & furiosus dici, qui rabie quadam agitur; mente captus, qui in quiete magis est, nulla fere signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. *& dict. l.* 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset: quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt, quod tempus expectandum videri poterat. quam tamen dubitationem sustulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosi*, 25. *Cod. de nupt.* Cæterum in proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cum omnino hic eadem ratio sit utriusque; & furore intermisso, liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum, ac testamentum paternum abolere. Fac. *lex ex facto*, 43. *in princ. vers. nam & si h. tit. l.* 2. *C. de cur. furiosi* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et recte igitur Theoph: vertit μωρώτας ἤγουν φρενίτιδας. Quinimmo putarem, constitutionem Justiniani ad prodigos, atque adeo surdos & mutos quoque liberos porrigendam; quo casu ipsi testari non possunt: quæ & communis sententia est, fundata in constitutionis humanitate & ratione, quæ his omnibus convenit, nimirum ut qui ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant, quodque olim non licebat nisi ex privilegio, nunc liceat communi, Gom. 1. *resol.* 9. *num.* 3. & Covart. *in cap. Raynutius* §. 6. *num.* 1. Grass. §. *substitution. q.* 44. *num.* 4. *&* 6. quamvis aliud visum Viglio *hic*, Govean. *in dict. l. ex facto*, 43. *h. tit.* D. Tulden. *in comment. hic cap.* 10. Perez. *in Cod. eod. num.* 30. *arg. leg. quod vero*, 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loc.* 79. *num.* 18. *& seqq.* Plane ad phrænеticos constitutionem non pertinere tradunt communiter DD. & probat Vasquez *dict.* §. 17. *num.* 108. per verba constitutionis *perpetuo*, Grass. *d. q.* 44. *num.* 3.

Vel nepotes) Eadem autem conditio hic exigitur, quæ in substitutione impuberum, ut nepotes, quibus exemplariter substituitur, post mortem testatoris non sint recasuri in potestatem patris sui, *l.* 2. *h. tit.* Nam & hæc substitutio testamentum liberorum est. Qui autem sunt in potestate, nec testamentum, nec hæredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare & si mater substituit, mortua ea, superstite patre mente capto, evanescet substitutio secundum plerosque: ergo arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo late Vasq. 2. *de success. progr.* §. 1. *num.* 43. *& seqq.*

Etsi puberes sint) Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait, *etsi puberes*. Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substituere? De patre, qui emancipavit, non quæritur, nec de matre substituere volente, quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta a simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex duodecim tabularum jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinere, qui ex jure ordinario in tutela sunt, *l.* 3. *de tutel.* ita videri potest, nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia: nam finita tutela succedit, & administrationem bonorum puberis suscepit curator, quem lex aut Magistratus tutori subrogat, ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit: finita autem constitutione pupillari, & durante adhuc mentis alienatione, non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est, qui hæredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus posse matrem etiam exemplariter filio substituere, ut duret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & Duar. *in tit. de vulg. & pupill. cap.* 19. & DD. commun. Vasq. *dict.* §. 17. *num.* 68. *d.* §. *q.* 41. Dissent. D. Pacius *in not. marg.*

Ad exemplum pupillaris substitutionis) His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius hæres erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibique in eo hæredem instituere, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, §. *lib.* 5. *infr. eod.*

Certas personas) Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere, etiam fratribus ejus præteritis; in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt; demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l.* 9. *C. h. tit.* Et notandum, quod in constitutione adjicitur, non esse necesse, si plures sint mente capti liberi aut fratres, ut substituantur omnes, sed satis esse, vel unum ex iis substitui, ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed & impune posse præteriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur querela inofficiosi; quod tamen in liberis mente captis vix est ut ab iniquitate defendi possit, vide Vasquez *d.* §. 17. *num.* 55. *& seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex verbis dictæ constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit: & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quam si li-

si alii in eo hæredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitima relictum sit, id quod deest, eos consecuturos condictione, ex *leg.* 30. *C. de inoffic. test.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concedunt igitur, exhæredato non recte exempliariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflictio addatur afflicto. Bartolus *in leg.* 43. *num.* 18. *h. tit.* Doctorum communiter *in leg.* 9. *Cod.* Gaill. *dict.* §. 44. *num.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi a patre exhæredari possint, *leg.* 27. *Cod. de Episc. aud. leg. ult.* §. 5. *Cod. de cur. fur.* quod ita accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bartolus quoque *d.* *loc. num.* 19. & Doctores communiter concedunt: Vasquez *de success. creat.* §. 21. *num.* 256. non ideo, cur non & his exhæredatis possit exempliariter substitui. Sane verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Justinianus id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inofficiosi posset everti: cujus querela ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissime Imp. voluit, legitimam relinqui tit. institutionis, id non hanc habet sensum, si ita relicta non sit, utcumque rite facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *infr. tit.* 18. Duar. *ad eum. tit. cap.* 20. Covarruv. *in cap. Raynutius* §. 6. *num.* 2. & 3. Bocer. *hic num.* 21.

Sin autem resipuerint, infirmari. Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*, ita exemplaris hæc propria, *Si mente captus in eadem constitutione mentis decesserit*; ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur resipiscentia; quomodo veteres quoque principalia rescripta interpretati sunt, quibus specialiter aliquibus concessum erat, liberis pauperibus ob infirmitatem aliquam, propter quam ipsi testari non poterant, testamentum facere. iniquum enim esset, testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l. ex facto*, 43. *h. tit.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui hæredis agnatio. Quid autem si filius in eamdem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. substit. exempl.* post Baldum & Salicet *in d. l.* 9. *Cod. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio, quod & Covarruvias *in dict. cap. Raynutius* §. 6. *num.* 11. probat Perezius *ad eund. tit. C. num.* 33. indistincte negat unquam convalescere. Vasquius contra convalescere, ait, sed ita, quasi iteratam non extinctam, idque etiamsi filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib.* 2. *de success. progress.* §. 17. *num.* 48. & *seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum Jason, & alios a Vasq. & Covarruv. allegatos. Ratio juris suadet, ut dicamus cum Donell. *C. num.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *argum. leg.* 6. §. 2. *de her. inst.* §. 4. *inst. de hæred. qual. & diff.* per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum facere potuit, per §. 1. *Inst. quib. non est perm. fac. test.* Quod si in tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. leg. cohæredi*, 41. §. 2. *h. tit.* Quæ etiam sententia videtur D. Viglii *hic num.* 19. male in contrarium allegati a D. Perezio. Ad Mant. *de conj. ult. vol.* 5. *cap.* 16. *num.* 22. & *seqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi hæredem instituisset; aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hæreditatum.*

COMMENTARIUS.

Redit Imperat. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta; quæ verba captanda non sunt. Etenim hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem; quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur; cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat. *leg.* 20. *h. tit. & passim*: ea vero pars, qua impubes in se aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in principio traditam: quod ostendunt verba secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu recte dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *h. tit. l.* 11. §. 2. *ad SC. Treb.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *test. quem aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *h. tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tabul.* quod filio substitutus, eo abstinente, non cogitur paternis creditoribus respondere, *l. Julianus*, 42. *d. acq. hær.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

Unum testamentum duarum causarum. Recte quoque sed tervo universo, unum hic esse testamentum dicitur, *l.* 2. *prius*, 4. *d. l. patris*, 20. *h. tit. l. patremfam.* 28 *de reb. auct. jud. poss.* nimirum, tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet: tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *dict. l.* 20. tum ratione subsistentiæ, quia pupillare testamentum per se non subsistit, sed paterni accessio est, quo rupto, rescisso, aut irrito facto, simul concidit, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *test. quemadm. ap.* §. 5. *infr. h. t.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. *quod vulgo*, 5. *ad leg. Falcid.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios ut inter se conjunctos, *l. re plane*, 34. §. *sed si* 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomann. qui singula accurate prosecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

3. *Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeat, ne filius*

filius suus pupillus adhuc ex eo quod palam substitutum acceperit, post obitum ejus periculo insidiarum subjaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque hæredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.

NOTÆ.

3. *Proprio lino*) Vide *comment. infra*. Exempla substitutionis pupillaris factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideicom. libert. l. 8. §. ult. sec. tab.*

In priore parte cavere) Etsi non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabulas pupilli, *l. 8. test. quem. ap.*

COMMENTARIUS.

QUia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto constrictam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

Periculo insidiarum subjaceat) Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap. 1.* legimus, mulierem quamdam Milesiam, accepta a secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit Triph. *leg. Cicero, 39. de pæn.* Citius autem periculum meruitur substituto pupillariter, si is mortuo patre pueri custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque, antequam pubescat, e medio tollendi. In cujusmodi scelus impulsus hac occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit: nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. Sveton. *in Galb. cap. 9.* Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2. vers. 12.* de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat:

- - - - *Pupillum utinam, quem proximus hæres*
Impello: expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *l. 2. satyr. 5. v. 48.*

Arrepe officiosus, & ut scribare secundus
Hæres, ut si quis casus puerum egerit Orco,
In vacuum venias.

Primis testamenti partibus) Tabulæ testamenti in plures partes dividi possunt, singulæque partes seorsum obsignari, ita ut priores sine posterioribus commode aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr. 5. v. 53. seq. primam ceram* vocat, sicut Tranq. *in Julio c. 83.* partes inferiores, *imam ceram*. Cicero *Verr. 3. extremam ceram vocat*. Quod intelligendum est ex consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranis uterentur, *§. nihil autem, 12. supr. de testam. ord.* confer de D. Salm. *lib. de mod. usur. cap. 11.*

Separatim in inferioribus partibus) Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideicom. lib.* Paul. *l. ult. ad SC. Treb.* Ulp. *l. 8. de test. quem. ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, Prætorem non pati sine causæ cognitione aperire tabulas pupillares, quas separatim ignotas testator reliquit, quamvis expresse non caverit, ne aperiantur: quia scilicet Prætor existimat, id nullo modo e re pupilli futurum esse.

Proprio lino) Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commode aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius, 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon. poss. sec. tab. leg. pen. Cod. de testam.* apud Lucian. *in Timone*, Sveton. *in Neron. cap. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulæ nisi pertusæ, ac ter lino per foramen trajecto obsignarentur.* Add. Alciat. 4. *par.* 6. Cajus 2. *inst.* 4. §. 3. de hac cautela sic scribit: *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas insidias moliatur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamdiu pupillus annos pubertatis egrediatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, reseratur.*

Cavere, ne inferiores tabulæ aperiantur) Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *leg. 3. Cod. quemadm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *leg. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juvet, hanc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi a patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci *l. 4. h. tit.* Nam facta palam substitutione vulgari, etiamsi altera celetur, in idem incommodum incidi: quia substitutus ignorare non potest, mortuo impubere, se ei hæredem fore ex tacita pupillari. Sed facilis est responsio, nimirum ex conjectura voluntatis hoc introductum, ut substitutioni vulgari expressæ pupillaris insit: & voluntate testatoris manifeste contraria secus esse, *dict. leg. 4. §. 2. & leg. 4. Cod. eod.* Neque enim unquam in re manifesta, aut ubi de voluntate constat, præsumptionibus aut conjecturis locus est, *leg. continuus, 137. §. 1. in fin. de verb. oblig.* Quamobrem cum in casu præsente ex priore testamenti parte constet, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cum scire non possit, ipsumne alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere) Igitur Justinianus hic non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci οὐ νόμος ἀλλὰ παραίνεσις; neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest, filio impuberi per nuncupationem substituere, *leg. 8. in fin. secund. tab. leg. patris, 10. §. 1. h. tit.*

TEXTUS.

Quibus substituitur?

4 *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæredes eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint; sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum, vel hæredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.*

NOTÆ.

4. *Sed etiam exhæredatis*) *leg.* 2. §. 2. *l.*10. §. 5. *h. t.* Ulp. *l.*23. §. 7. quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, *dict. l.* 10. §. 5. quo & tutorem dat, *leg.*4. *de test. tut.* Formula: *Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.*

Ex hæreditatibus legatisve, &c.) *dict. leg.* 10. §. 5. Non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, *l.*41. §. 3. *h. t.* neque a substituto exhæredati, *l.* 41. §. 3. *de test. mil.* Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis) *l.*2. *eod.* exempl. *in leg.* 46. *h. t. l. ult. C. de inst. & subst.*

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exhæredato factæ.*
2 *Male in vulgatis codicibus interpungi*, l. miles 41. §. 5. de test. mil.
3 *Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.*
4 *An per exhæredationem extinguatur jus suitatis? Quæstio subtilissima.*

SEd *etiam exhæredatis*) Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *leg.*1. *de inj. rupt. leg. inter cætera*, 30. *de lib. & posthum.* Exhæredatis autem recte substituitur, *l.* 5. §. 2. *l.*10. §. *ad substitutos*, 5. *h. t.* nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed a potestate patris pendet: quippe non suis bonis, sed impuberis substituitur: quo argumento utitur Ulp. *d. l.* 10. §. 5. Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. Jul.*42. *de acquir. hæred. fac. leg.*6. *in princ. de interrog. in jur.* Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti: *Si hæres erit, & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit: *Titius hæres esto; Filius exhæres: Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tituli. VINN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, qui hæc testamenti factio fit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec vulgaris dici possit, nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic quoque paterfamilias testatur *de pecunia suæ rei*. HEIN.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve) Nam uti modo dictum est, non sui, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio *l. miles*, 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur: *Exhæredato miles & emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, quæ habuerit, vel postea acquisierit.* Quod si exhæredato filio a milite substitutus ea tantum accipit, quæ a testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit a pagano. Cæterum alia omnis ratio juris efflagitat: nec responsum illud, si ita legas, defendi potest a summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, ausus est, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exhæredato*, in calcem præced. §. transposita, novum sic inchoare, *Miles & emancipato filio, &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est *Pisani codicis auctoritate confirmari.*

Ad substitutum pertinebit) Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt; primum, an quemadmodum pater exhæredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat; alterum, an a substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem a filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere, non posse, *leg. cohæredi*, 41. §. 1. *h. tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relicti, *dict. leg. cohæredes*, §. 3. *leg.* 1. §. *sciendum*, 6. *de leg.* 3. *leg.* 9. *C. de fideicomm.* Substitutio vero onus nullum continet, (neque enim onus est hæredem habere,) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit a substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo, cui substituit, *leg. qui fundum*, 87. §. *qui filios*, 7. *vers. dicet aliquis ad leg. Falcid. leg. ab exhæredati*, 126. *de leg.*1. Plane quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum a patre accepit, fideicommisso itidem a patre gravari potest, *dict. leg. cohæredi* §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, *leg.*5. §. 1. *de leg.*3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus, *l. cum quidam*, 24. *C. de leg.* ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari a substituto exhæredati poterat, quantumvis legatum etiam amplum a patre accepisset, *leg. miles*, 11. §. 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata a legatario ejusve hærede non recte relinquebantur, at bene fideicommissa, *inst. de sing. reb. per fideicomm. rel. in princ. dict. leg.* 5. §. 1. *de leg.* 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus) Quæstionem, an hodie post *Nov.*115. *cap.* 3. posthumus exhæredari, & con-

& consequenter, an ei exhæredato substitui possit, alio loco reservamus. (4) Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exhæreditatem tolli jus suitatis. Nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantum hæredibus substitui potest, *l. 2. in princ. hoc tit.* Verum autem esse, hisce argumentis probari videtur. Primum, si exhæredati nec hæredes quidem sunt, nec sui hæredes dici possunt; cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinatur, *ab est secundi adjecti ad est tertii adjecti valeat consequentia negando*. Hæredes autem non esse, testatur Jurisconsultus, *l. 1. §. pen. de suis & legit.* Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento, nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius ostendimus in §. *cum autem*, 7. *inf. de hær. quæ ab int.* Secundo inter suos hæredes numerari non potest, qui pro mortuo habetur; at exhæredatus habetur pro mortuo *l. 1. §. sed & si*, 5. *de conjug. cum emanc. lib.* Postremo sui hæredis jus per exhæredationem dicitur abscissum esse, *l. 9. §. 2. de lib. & posthum.* Ex contrario vero non tolli per exhæredationem jus suitatis, duobus argumentis perspicue evincitur. Unum petitum est a definitione. Nam si sui hæredes sunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent: non potest non filius exhæredatus eo tempore inter suos hæredes numerari, nisi dicamus, quod inauditum est, exhæredatione solutum fuisse jus patriæ potestatis. Nec mihi objecerit, jus suitatis non ex eo solum æstimari, quod quis in potestate sit, & primum gradum in familia teneat: verum etiam, & maxime ex causa successionis: exhæredatum autem a successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi potest, destituto, vel rescisso per querelam inofficiosi patris testamento, *l. filium*, 20. *in pr. contr. tab.* ut proinde jus filii sui hæredis per exhæredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitatis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato recte pater pupillariter substituit. Suum autem hæredem esse oportet, cui ita substituatur, *leg. 2. hoc tit.* Secundo, quod cum tutor testamento dari non possit nisi ei, quem quis in suis hæredibus, cum moritur, habuit, *l. quo tutela*, 73. §. 1. *de reg. iur.* recte nihilominus detur exhæredato, *l. 4. 4. de testam. tut.* Tertio, quod exhæredati filii persona non obstet nepoti, quominus suus hæres fiat avo, & præteritus quasi agnascendo rumpat avi testamentum, *leg. 6. princ. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib.* Si enim per exhæredationem perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui hæredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus est, §. 2. *sup. de exhær. lib. l. 13. de injust. rupt.* Postremo a iure quoque suitatis procedit, quod filio, qui in potestate est, exhæredato, ad transmittendam querelam nec bonorum possessio, nec aditio hæreditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filius emancipatus nisi ista fecerit, non videtur litem præparasse? *l. 7. de inofficios. testam.* Neque vero adeo difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus sui hæredis plane extingui. Etenim quod Ulpianus ait *d. l. 1. §. sed & si*, 5. *de conjug. cum emanc. lib.* patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non autem simpliciter, sed quod ad illud edictum de quo agitur, attinet; ne scilicet pater emancipatus exhæres factus impediat, quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, aut si concurrat patruus, partem bonorum dimidiam consequatur; cum si pater exhæredatus non fuisse, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & posthum.* jus filii eo loco abscissum dici comparative, respectu scilicet ejus, qui apud hostes est, cujus jura omnia in suspenso retinentur propter spem postliminii. Aut si magis placet emendatio Anton. Fabri 10. *conject.* 12. pro illis verbis, *fui jus*, lege, *illius jus*; ut hoc referatur ad nepotem, cujus sane jus per exhæredationem patris penitus abscissum est in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem pater ad successionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de injust. rupt. testam. leg. 7. unde liber.* quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti locus sic restitutus melius convenit, & lectio loci mire variat, ut videre est apud Accursium, Bartolum, Alciatum, & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propositum fuit: utique enim cum verum sit, exhæredatum morienti patri hæredem non existere, consequens est, nec suum esse, quo tempore pater moritur: alioqui necessario potestate juris statim hæres existeret, & obstaret hæredi instituto, quominus ipse directo hæres esse & jure civili hæreditatem cernere posset, *argum. leg. ultim. de acquir. hæred.* quod falsum esse patet ex *dict. leg. 6. in princip. de injust. rupt. testam. leg. filium*, 26. *de bon. possess. contr. tabul.* Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui testamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex se natis obstare, quominus in locum ipsius & gradum ascendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam reciso aut deserto patris testamento suus hæres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio intervenisset, *d. l. filium*, 29. *contr. l. 8. §. penult. de inoff. test.* Verum enim vero exhæredatio confirmata fuerit adita ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus amplius pro suo haberi non potest, cum verum sit, eum patri suum hæredem non extitisse, nec existere posse, *d. l. 1. §. pen. de suis & legit.* adeit Gomez. 1. *resol.* 11. *num.* 9. Hotom. 9. *obs.* 10. Ant. Fab. *conj. ultim.* Christin. *volum* 4. *decis.* 16. *num.* Bachov. *hic*, add. Vall. Reimer. *dec.* 6. *disp.* 1. *thes.* 4.

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni.

5. *Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat: nam pupillare testamentum pars & sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.*

NOTÆ.

5. *Nisi & sibi faciat*) *d. l. 2. §. 1.* Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio, ne converso modo a filii testamento incipiat, *d. l. 2. §. 4. & ultim.* utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredem scribat, & filio substituat, quod facere potest, *leg. 16. §. 1. l. 10. §. 1. eod.* Cæterum si conjunctim, eodem tempore, ac

ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat: *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius hæres esto: Filius hæres esto*, *d. l.* 3. §. 5. *Nec filii valebit.* Facit ratio in *leg.* 129. §. 2. *leg.* 178. *de reg. jur. c. accessorium*, 42. *eod. in* 6. Puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querelam inofficiosi testamenti obtinuerit per *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin.*

COMMENTARIUS.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo a filio testamento incipere; nisi conjunctim uno que textu utrumque fiat.*

2 *Patris testamento non subsistente, & filii nullum esse, aut corruere.*

3 *Cur rescisso per querelam testamento patris, substitutio pupillaris concidat, petita cont. tab. bonorum possessione non item?*

4 *Jure novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris, saltem manere substitutionem pupillarem.*

PErmissum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, *leg.* 16. §. 1. *hoc tit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, *leg. patris*, 20. *eod.* & vel instituto filio vel exhæredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, *leg.* 1. §. 3. *eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare, tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem, ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, *leg. nihil dolo*, 129. §. 1. *de reg. jur. c. accessorium*: 42. *eod. in* 6. Cæterum hoc in paganis obtinet: militi enim ex privilegio indultum, ut soli filio hæredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. leg.* 2. §. 1. *leg. in fraudem*, 15. §. 2. *de testam. mil.*

1 *Nisi & sibi faciat.* Immo nisi sibi prius faciat, deinde filio: nec converso modo a filii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. *prius*. 4. & §. *ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus, quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens, ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse, incipiendumve a testamento filii, *d. l.* 2. §. 4. Minimeque audiendus est Goveanus, qui *lib.* 1. *var. lect.* 8. *in d.* §. 4. pro *comprobata*, repondit *improbata*, motus ratione, qua Ulpianus mox utitur, quia constet, unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris, alterum filii, §. 2. *supr. eod.* ac proinde parum referre, ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus tacite significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facile se concessurum, nihil interesse, utrum prius posteriusque factum sit: sed quia unum duntaxat revera testamentum est, quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti si quis ita scripserit, *Si filius meus intra pubertatem decesserit, Seius hæres esto, Filius hæres esto*, *d. l.* 2. §. *sed & si*, 5. & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alteno, *l. cum quidem*, 14. *de peccul. lac. l. si tit.* 28. *de hær. inst.* Ad hunc modum hæc explicant Zas. *ad d. l.* 2. §. 4. *num.* 8. Duar. *in comm. ad hunc tit. cap.* 14. Vigl. *hic*, citans Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

Nec filii quidem valebit. Nam, ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, *leg. nihil dolo*, 129. §. 1. *l. cum principalis*. 178. *de reg. jur. eod. accessoriam*, 42. *eod. in* 6. Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit: verum etiam corruant, si patris testamentum, quod recte factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, *l.* 2. *in princ. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, *l.* 8. §. *sed nec*, 5. *in fin. de inoff. testam.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, *d. l.* 2. §. 1. *leg.* 10. §. 4. *eod.* Plane si suus hæres testamento patris sit institutus: puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l.* 12. *hoc tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. hujus tit.* (3) Illud alicui mirum videatur, quod cum, recisso per querelam testamento, substitutio pupillaris concidat, eam tamen placet valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *leg. ex duobus*, 34. *in fin.* & *leg. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, *l. ut liberis*, 17. *Cod. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit, cum testamentum ordinaret, *leg.* 12. *l.* 13. *de inoffic. testam.* ut proinde, eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut eo testamento valeat, *leg.* 8. §. *penult. l. cum mater*, 28. *dict. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam, quod prætoria remedia non ultra operantur, quam Prætor voluit, *leg. in conventional.* 52. *de verbor. obligat.* Cumque Prætoris hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat, credibile est, ob hanc causam noluisse eam vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares, ne dum aliis opitulatur, utilitatem impugnet pupilli. Ad hæc nec Prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum, contra quod bonorum possessionem pollicetur; nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo hæredibus, dat bonorum possessionem secundum tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant,

l. §.2. in princ. ff. ead. tab. Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum Prætoris non attendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus sub t. *de exhær. lib.* 4 Hodie ex novella Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem, *Nov.114. cap. 5. in fin.* unde *auth. ex causa, C. d. de lib. præt.* & ibi communiter Doctor. Equidem scio, Dynum & Petrum a Bellapertica contendisse, ea tantum ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationem: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviæ probari *in c. Raynutius §.6. n.3.* Cæterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam caussam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem, ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est, illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam, quam scilicet pater sibi hæredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti: pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat, substitutio, ob quam caussam & olim everso per bonorum possessionem contr. tab. testamento patris conservata fuit, *leg. ex duobus, 34. in fin. cum leg. seq. h. t.*

TEXTUS.

Quot liberis substituitur?

*6. Vel singulis autem liberis, vel ei, qui eorum novissimus impubes morietur, substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestatum decedere voluerit: **novissimo, si jus legitimarum hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.***

COMMENTARIUS.

1 *An postquam mater una cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.*

2 *An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse?*

QUi plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciproce, eique, qui novissime impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *leg. si pater, 5. h. tit.* Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantum substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *leg. vel singulis, 37. eod.* unde hic locus sumptus est.

Intestatum decedere. Nota impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possint: sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Porro an proprie vox intestatus impuberibus, & furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *infr. t. 1. lib. 3. in princ.*

Jus legitimarum hæreditatum Nam cum cæteris, nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege duodecim tabularum ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. 1 Unde quæritur, cum hodie ex *Nov.118. c.2.* mater defuncti una cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantum, [illegible] excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum offerat, eaque duntaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent, nam licet substitutionem Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacite substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cum novissimo tantum substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si vero mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli a lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodie etiam matri, postquam ea una cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hæreditate ultimi defuncti reperiuntur. (1 Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directo, saltem per fideicommissum invicem substituti videntur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse, *l. Titia, 87. §.2. de leg. 2.* Species hujusmodi est, de qua consulitur; Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut quis ex eis ultimus decessisset, eum fundum, cum moreretur, restitueret Sempronio.* Respondet Jurisconsultus, in eo fideicommisso testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, *qui ultimus decesserit*, alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Recte Jurisconsultus in *d. l. Titia 87. §.2.* ex eo, quod testator proposuit eum, qui ex duobus, quibus fundum legaverat, posterior moreretur rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum: non enim rogatus proponitur de restituenda duntaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam vero, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superstiti partem suam restitueret. In casu vero nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantum bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7 Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius hæres esto: *aut generaliter, ut* Quisquis mihi

hi hæres erit: *Quibus verbis vocantur ex ſubſtitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & ſcripti ſunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti ſunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Generali formula ſubſtitutionis ſolos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt.*

2. *Ex eadem formula ſolos venire, qui patri hæredes extiterunt.*

3 *Ejuſdem formulæ hunc effectum eſſe, ut ſubſtituti eaſdem ex inſtitutione partes conſequantur, quas in patris hæreditate habuerunt.*

SUbſtitutio pupillaris vel ſpecialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo: *Filius meus hæres eſto. Si filius impubes deceſſerit, Titius hæres eſto.* Vel generaliter, veluti, ſi pluribus hæredibus inſtitutis, teſtator his verbis filio ſubſtituat: *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto, l. 3. l. 8. l.* 10. *hoc tit. l. ult. Cod. eodem.* Ad quem modum vulgaris ſubſtitutio non recte conciperetur; nam hæc formula: *Quiſquis mihi hæres non erit,* &c. in infinitum produceretur. Non eſt vero eadem vis generalis & ſpecialis ſubſtitutionis, ut in calce exegeſeos hujus §. oſtendimus, cum cognita nobis erit poteſtas clauſulæ generalis ſive horum verborum: *Quiſquis mihi hæres erit,* &c. quam ſolam hic explicat Juſtinianus.

Qui & ſcripti ſunt hæredes & extiterunt, & pro qua parte.) Pauciſſimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum: *Quiſquis mihi hæres erit.* (1) Primus hic eſt; quod his verbis vocati intelligantur illi ſoli, qui hæredes nominatim ſcripti ſunt, non alii, qui forte per eos, qui ſcripti ſunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per ſervum, nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clauſula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti, ſed vi poteſtatis vel dominicæ vel patriæ hæreditatis obvenit, *l. 3. l.* 8. 1. *eod.* Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, *d. l. 8.* §. 1. licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, *l. hæredis 65. l. ſciendum* 70. *de verb. ſign. l. qui per ſucceſſionem* 294. *de reg. jur. l. ult. Cod. de hæred. inſt.* nec is, cui ex fideicommiſſo hæreditas reſtituta eſt, ut recte docet Dom. Vigl. *hic.* Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum eſt, ſi hoc ſolo obtentu hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione ad ſe pertinere contendant, quod patris bona jam apud ſe per ſervum quæſita habeat. Non enim inſpicitur, apud quem patris hæreditas ſit; ſed quis a patre expreſſe & immediate ad hæreditatem vocatus. Ideoque, ſi ſervus quæſita domino ex inſtitutione hæreditate, antequam ex ſubſtitutione adiret, a poteſtate ejus exierit, non poterit dominus ex ſubſtitutione impuberi hæres effici: ſed ſervus vel ipſe ſibi hæreditatem impuberis acquiret, ſi forte manumiſſus fuerit, vel ſi alienatus, novo domino, cujus juſſu adierit. At vero, ſi exiſtente conditione pupillaris ſubſtitutionis adhuc in ejuſdem domini poteſtate ſit, nihil prohibet, quominus juſſu ejus nunc item ex ſubſtitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc ſuo facto acquirat domino, ut poſt Joannem Fab. *hic*, & DD. communiter *in l. filiusfamil.* 11. *de legat.* 1. docet Viglius & Bachovius *hic*. Duar. *in comment. ad hoc tit. cap.* 15. *& fac. l. 3. hoc tit.* junct. §. 1. *ſup. de hær. inſt.* (2) Simili igitur modo, ſi filiusfamil. emancipatus fuerit, ipſe ex ſubſtitutione hæres fiet: ſi in poteſtate manſerit, patrem hæredem faciet. Alter effectus ſubſtitutionis generaliter factæ eſt, quod ex ea ſoli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt, proinde ſi hæres ſcriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli conſequendam, quod teſtamento patris hæres ſcriptus eſt: nam alias horum verborum: *Quiſquis mihi hæres erit,* &c. nulla vis eſſet, cum a teſtatore jam ante hæredes ſcripti ſint, qui ea conditione ſubſtituuntur, *d. l. 8. in fin. prin. h. t.* Tertius effectus eſt, quod generali formula ſubſtituti eaſdem ex ſubſtitutione partes conſequuntur in bonis pupilli, quas in ipſius patrisfamiliæ hæreditate habuerunt, *d. leg.* 8. §. 1. *in fin.* Ut hic quoque locus ſit regulæ traditæ in §. 2. *præced. titul.* teſtatorem eas videri in ſubſtitutione partes cuique dediſſe, quas in inſtitutione expreſſit. (3) In ſubſtitutione nominatim facta, ſive ſpeciali, converſo fere modo hæc ſe habent. Nam primo non eſt, ut is, qui nominatim ſubſtitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres a patre ſcriptus ſit. Deinde etſi hæres ex parte ſcriptus eſt, non eo tamen minus ex ſubſtitutione admittatur, quod patris hæreditatem repudiavit, modo utramque nunc amplectetur, niſi ſub ea conditione ſubſtitutus ſit: *Si hæres erit*, *d. l. 8. in princ.* junct. *l.* 10. §. 3. *eodem.* Poſtremo nominatim ſubſtituti, non hæreditatis partes, id eſt, quæ ſingulis a ſcriptæ ſunt in inſtitutione, ſed viriles ſive æquales habebunt, per ea, quæ tradidimus *ſub* §. 2. *tit. præced.*

TEXTUS.

Quomodo ſubſtitutio pupillaris finitur.

8. *Maſculo igitur uſque ad quatuordecim annos ſubſtitui poteſt: fœminæ uſque ad duodecim annos. Et ſi hoc tempus exceſſerint, ſubſtitutio evaneſcit.*

NOTÆ.

8. *Evaneſcit ſubſtituti*) Quamvis longius tempus comprehenſum fuerit, *l.* 14. *eod.* quod autem evaneſcit, nec ad cauſam fideicommiſſi proficit.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillarem ſubſtitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo completo, licet non ſuperato.*

2 *Si longius tempus comprehenſum fuerit, an poſt pubertatem ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi?*

3 *An ad cauſam fideicommiſſi trahatur, ſi demum a pubertate ſubſtitutio incipiat?*

DIctum ſupra eſt, pupillarem ſubſtitutionem introductam eſſe ex hac cauſa, quod cum liberi in ea ætate eſſent, ut ipſi ſibi teſtamentum facere non poſſent, utile atque ex re ipſorum viſum fuerit, ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem pervenerint, quam jam ipſi teſtari poſſunt, ceſſante fine ſubſtitutionis, merito placuit, eam extingui: alias, quod iniquiſſimum eſt, civi Romano puberi teſtamenti factio adimeretur, *l. ex facto* 43. *h. t.*

Uſque ad quatuordecim annos, &c.) Maſculi enim anno quartodecimo, fœminæ duodecim annis maturius pu-

puberes fiant, *sup. quib. mod. tut. fin.* a qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l. 5. qui testam. fac.* Ait, *usque ad quartumdecimum annum.* quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa ita substituat: *Si filius meus intra decimum annum decesserit, &c.* pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimum quartum, *l. si ita 21. d. l. ex facto 43.* **§. 1. *eodem.*** Ait si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate ***l. in pupillari* 14. *eod.***

Si hoc tempus excesserint) Liberi nimirum quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, feminæ duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui substituerant, hæc referantur. (1) Quod vero ait *excesserint*, id verbum non puto præcise hic accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complevisse, eoque non completo, sed superato demum extingui substitutionem, sed potius explicandum ex iis locis, ubi ex professo agitur de ætate qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio, utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii, quibus fit, sibi non possint hæredem facere. Aliud tantum Dom. Viglio visum.

Evanescit) Etiamsi longius tempus comprehensum fuerit, *d. l. 14. hoc tit.* Sed longiore tempore comprehenso, an non saltem post pubertatem substitutio valebit jure fideicommissi? Finge ita factum: *Si filius intra annum vicessimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto, directo jure succedi, post id tempus non item. (2) Sed quæritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum vicesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere? Communis sententia est, testibus Zasio *cap. 5. de subst. compend.* Covarruv. *in cap. Raynut de testam. §. 9. num. 29.* Jason. *in leg. precibus 8. Cod. hoc tit. num. 11.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius supersit. (3) Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quam filii, ex quibus una facta est hæreditas, complectatur, post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus *in d. l. 14.* scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere*. Quod si ne illa quidem substitutio, quæ demum a pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit, qua etiam ætas pupillaris comprehenditur: nam ut bene disputant Mantic. *7. de conj. ult. vol. tit. 3. num. 9.* Gomez. *1. resolut. 7. num. 2.* Christin. *vol. 4. decis. 16. 5. num.* facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in eundem casum substitutio, quam ea, quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his communis Interpretes non concedunt, quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem, quæ a pubertate incipit hoc modo: *Si filius meus post quartumdecimum annum decesserit*; ad causam fideicommissi pertinere, id nobis prius quam hinc abeamus probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento est *l.* [illegible] *108. §. 1. l. servus alienus 9. de leg. 1. l. 9.* [illegible] quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor verborum directorum ac fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. Et cur testatoris voluntatem, quæ contra leges est, adjuvemus, ut benigna interpretatione inducamus fideicommissum, de quo non apparet testatorem cogitasse? Neque enim, ut quid valeant jure fideicommissi, sufficit, tale id esse, quod jure fideicommissi valere posset, si testator voluisset, nisi & voluerit, *l. 1. t. 14. §. de jur. eod. l. ex ea scriptura 29. qui test. fac. l. quærebatur 10. test. mil. l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l. 17. eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit: *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret, aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissi valeret, & verba directa intelligerentur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævola 76. ad Trebell.* quoniam quod Scævola id respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est obliquarum, non directarum dispositionum. Proponitur pupillus, cui ista substitutio facta, in ætate pupillari decessisse: atque in hac specie respondet Jurisconsultus, benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest, ut testamentum pupilli, valeat saltem quasi codicillus ab intestato: cumque ratio juris non patiatur, ut ex hac substitutione hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommisso obstringere. Certum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis: cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, *arg. l. si fundum 92. §. 2.* junct. *l. quod fideicomm. 93. de leg. 1. l. cohæredi 41. §. 3. hoc tit. l. ex facto 43. §. 1. eod.* junct. *d. l. Scævolæ 76.* ita ferme & plerique recentiores. Cujacius 11. *obs. 24.* Govean. *ad d. l.* Paul. Bus. *ad l. centurio 16. eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c. 16.* Val. *l. 1. de succ. pr. gr. §. 1. n. 118.* Anton. Fab. 15. *comment.* 12. *&* 14. Pachin. 4. *controv.* 44. adep. Menoch. *de præsumpt. p. 2. lib. 4. tom. 1 præs. 34. &* 35. quæ nos *sub. §. seqq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt, quibus contraria sententia videtur probabilior, quia quicquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, *§. instit. quib. mod. test. infr. 2. Cod. Comm. de leg. l. 69. pr. ff. de leg. 2. l. 15. Cod. de testam.* Quæ attulit Vinnius, ad jus vetus pertinent, quum nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis, Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

T E X T U S.

Quibus pupillariter non substituitur?

9. Extraneo vero, filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem ejus vel totam, vel pro parte restituere: quod jus quale sit, suo loco trademus.

NOTÆ.

o. *Vel filio puberi:* *L.* 7. *eod.* ubi Papinian. scribit verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio ne jure quidem fideicommissi valebit, nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

Nemo potest Nemo scilicet paganus: nam militi hæc concessa sunt, *l.* 5. 41. §. 4. *de testam. mil. l.* 15. *hoc tit. l.* 8. *C. l. eod.* ut & alia, quæ in paganis non obtinent, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 15. §. *ben. de test. mil.*

Suo loco trademus. *In fin. hujus lib. tit.* 23.

COMMENTARIUS.

1. *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*
2. *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere; & an locus sit exemplari?*

QUÆ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantum permissum est, liberis impuberibus, & iis duntaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres, ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in tantum, ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus, & hic locus insuper confirmat, cum dicat Justinianus, neminem posse extraneo aut filio puberi, in casum, quo hæredes futuri sunt, substituere, sed tantum permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. [illegible] requireret expressum fideicommissum, [illegible] substitutio in proprio jure fideicommissi [illegible], quod totidem verbis indicare poterat? ut bene [illegible] Dom. Vinnius hic. & Anton. Fab. 15. [illegible] contra DD. [illegible] quos sequuntur Gomez, & Mantic. [illegible] Solis militibus concessum est, ut [illegible] emancipatis, aliisve extraneis qui hæredes [illegible], directo substituant: sed [illegible] in his [illegible], quæ [illegible] ad eum, cui substituitur, pervenerunt, non quæ aliunde. *l.* 5. *l.* [illegible], 41. §. 4. *de testam. milit.* [illegible] privilegium, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, [illegible] certa post pubertatem ætate, [illegible] intra pubertatem valeat jure communi [illegible], 15. *hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l. precibus* [illegible] *C. eod.* & [illegible] patris contineat [illegible] hæreditate, *d. l.* 15. id est, ut recte Gr[illegible] [illegible] Perez. [illegible] *Cod. de imp. & aliis subst.* [illegible] quod illi pertinet [illegible] & [illegible] [illegible] Nam hi [illegible] *l.* 9. *ad leg. Falcid.* [illegible] per consequens [illegible] *l. fideicommissaria* [illegible] *C. Pr*[illegible] etiam [illegible] [illegible] *Duar.* [illegible] *cap.* 23. [illegible] 17. [illegible] *precibus* 8. contendant, hujusmodi substitutiones a milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi Interpretes, ex mea quidem sententia. Favent enim illis *l.* 5. *de testam. milit.* & *l.* 15. *ff. hoc titul.* Ubi substitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea, quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulpian. *tit.* 24. §. 2. *seq.* Ita fere Merill. *Observ. lib.* 6. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium allata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. tit.* 23. (2) Apud Batavos & Zelandos substitutioni pupillari locum non esse, utpote quæ originem trahit a singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit Dom. Grot. *lib.* 1. *manud. ad Batav. Jur. cap.* 6. & *lib.* 2. *cap.* 19. *in fin.* & secundum eum judicatum est. De cætero quoque Belgio (excipienda tamen Frisia) item refert Dom. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. *sub. fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria se extendat: atque inauditum est, tantum nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui succedat in universa filii bona, non solum quæ a patre ipso, sed etiam quæ aliunde acceperit, atque adeo dare etiam exhæredato: sed utitur substitutione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus induxit, testamentum facere: eique dare hæredem, Grot. & Gudelin *ubi sup.* Groenevv. *de leg. abrogat. hic* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testamentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, nec avi patriæ potestatis, ut superius illa pendeat, sed in sola humanitate fundata sit; idemque matri & avo materno hic concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quam in potestate constitutos, vid. *sup.* §. 1. *eod.* Quanquam mores nostri totum hoc aversari videntur dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente captis, ex ratione constitutionis Justinianeæ ea lege porrigenda erit etiam ad liberos impuberes, etiam sane mentis sit, per ea, quæ *d.* §. 1. *n.* 3. Curiam tamen pro testamento pronuntiasse, postea intellexi. Sed & generis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit*, & intra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi quasi factæ in codicillis, *argum. l. Sancimus* 26. *ad SC. Trebell.* & exemplo substitutionum militarium, *l. centurio*, 25. *ff.* junct. *l. precibus* 8. *Cod. hoc tit.* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Cyprian. *contr. Belg. hic.* Groenev. *tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR?

Dig. Lib. 28. *Tit.* 3.

Ratio ordinis.

EXposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria diximus initio tractatus de testa-

ſtamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria: ut perſona teſtantis talis ſit, quæ teſtamenti factionem habeat; ut teſtamentum fiat adhibitis ſolemnitatibus & externis, videlicet præſentibus ſeptem teſtibus idoneis, &c. tum internis & quorumdam teſtatorum propriis, ſcilicet ut pater teſtaturus liberos, quos in poteſtate habet, hæredes inſtituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus, teſtamentum ab initio nullum eſt, *l. d. de injuſt. rupt. irr. fact. teſtam.* Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hactenus quæſitum eſt, juſtum ſive jure factum teſtamentum, *l. 4. qui. teſt. fac.* Quia vero non ſatis eſt ad deferendam ex teſtamento hæreditatem, id ab initio juſtum eſſe, niſi & tale ad extremum perſeveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus teſtamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad diſputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis Teſtamenta infirmentur.

Teſtamentum jure factum uſque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.

NOTÆ.

Donec rumpatur irritumve fiat) *Rumpi & irritum fieri* privationem ſignificant, & ideo proprie nonniſi de iis, quæ jure ſubſiſtunt, prædicantur, *l. 5. hoc titul. tit. injuſt. rupto, &c.* privatio enim, ut in ſcholis dicitur, præſupponit habitum. Quæ vero teſtamenta non jure facta ſunt, injuſta & nulla dicuntur, veluti ubi ſolemnia deſunt, aut filius in poteſtate præteritus eſt, *l. 1. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eodem.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat) Ratio infirmandi teſtamenti non una eſt: nam & ſententia judicis reſcinditur, ſi querela inſtituta inofficioſum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. ſeq.* & a Prætore data bonorum poſſeſſione contra tabulas, *titul. de bon. poſſ. cont. tab.* & citra factum judicis aut Prætoris infirmatur ſola poteſtate juris: idque iterum duobus, iiſque diſcretis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero *irritum fieri*. De teſtamento rupto diſputatur uſque ad §. 4. inde de irrito, adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Juſtinianus rem totam non plane explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei eſt, penitus percipi poſſit ex noſtra in ſingulos hujus *titul.* §§. explicatione. De bonorum poſſeſſione contra tabulas, qua & ipſa jure Prætorio teſtamentum reſcinditur, demum dicemus in ſecunda ſpecie acquiſitionis per univerſitatem, *inf. lib. 3. tit. 19.*

TEXTUS.

Quando teſtamentum dicatur rumpi? Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem teſtamentum, cum in eodem ſtatu manente teſtatore ipſius teſtamenti jus vitiatur. Si quis enim poſt factum teſtamentum adoptaverit ſibi filium per Imperatorem, eum, qui ſui juris eſt, aut per Prætorem, ſecundum noſtram conſtitutionem, eum, qui in poteſtate parentis fuerit, teſtamentum ejus rumpitur quaſi agnatione ſui hæredis.*

COMMENTARIUS.

Cum in eodem ſtatu manente teſtatore) Toties rumpi teſtamentum dicitur, quoties evertitur manente teſtatore in eodem ſtatu: cum vero ſtatum mutat, id eſt capite minuitur, non rumpi, ſed irritum fieri teſtamentum proprie dicitur, §. 4. *infra eodem.* Apparet igitur, *in eodem ſtatu* hic dici oppoſitive reſpectu ejus modi, quo teſtamentum infirmatur ob id, quod teſtator in eodem ſtatu non manſit: quare expungenda eſt a paraphraſi Theophili negatio, & pro ου μενοντος, legendum μενοντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως: quomodo & in duobus regiis codicibus legi teſtatur Fabrotus. Porro ut teſtatoris ſtatu non mutato teſtamentum infirmetur, uno verbo ut rumpatur, bifariam contingit, agnatione ſui hæredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter ſequenti, uno uterque exemplo declaratur.

Adoptaverit ſibi filium per Imperatorem) Id eſt adrogaverit: eſt enim periphraſis adrogationis, quæ ſpecies adoptionis eſt, per quam interveniente Principis auctoritate eum in filium adſciſcimus, qui ſui juris eſt. Stante repub. populum auctorem fieri neceſſe erat, ut annotatum eſt *lib. tit. de adoption.*

Secundum noſtram conſtitutionem) *L. pen. Codice de adopt.* vide *ſup. §. 2. eodem*, qua diſponit, ut ſi filius extraneæ perſonæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra ſervarentur, ſi vero perſona non extranea, puta avus, nepotem ex filia aut filio emancipato in adoptionem acciperet, ſolvi jus patris naturalis, & tranſire adoptatum in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi. Significat igitur, hoc caſu per adoptionem teſtamentum rumpi, quaſi agnatione ſui hæredis, illo non item: cum olim indiſtincte quavis adoptione, ſicut adrogatione rumperetur, *l. 8. de injuſt. rupt. teſtam.* Cæterum hi ita rumpunt, ſi præteriti ſunt: nam ſi quis hæres antea inſtitutus erat, poſtea a teſtatore adrogetur, vel adoptetur, poteſt dici, ei ſatisfactum eſſe, *l. ſi quis 18. eod. tit. l. filio 23. §. 1. de lib. & poſthum.* Quid ſi exhæredatus ſit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani ſententiam probat, ut exhæredatio extraneo ſcripta ei poſtea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato, qui poſtea adrogatus ſit, *l. 8. ſi quis 7. & ſeq. cont. tab. d. l. 23. in princ. de lib. & poſth.* credo, quia in perſona extranei exhæredatio inepta & nulla eſt, de quo conſule Vigl.

Quaſi agnatione ſui hæredis) *L. verum 8. de injuſt. rupt.* multoque certius ſui hæredis agnatione vera & naturali, cum ſcilicet poſt teſtamentum factum teſtatori filius ex uxore naſcitur, *l. 3. §. de injuſt. rupt.* Similiter ſi nepos, qui tempore teſtamenti facti ſuus hæres avo non erat, patre remoto, in locum ſui hæredis vivo avo ſucceſſerit, quaſi agnaſcendo teſtamentum avi, quo præteritus eſt, rumpit, *l. poſthumorum 13. de tit.* quæ ſpecies forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propoſitæ ſunt, §. 1. & 2. *ſup. de exhær. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales ſuſcepti ex concubina, & poſt factum teſtamentum legitimati, ſive in ſequenti matrimonio, ſive curiæ oblatione, ſive per reſcriptum Principis. Nam cum hi etiam jura ſuorum hæredum conſequantur, §. 2. *inſ. de hæred. quæ ab int. Nov. 89. cap. 8. & 9.* neceſſe eſt, ut & ipſi a patre præteriti teſtamentum rumpant quaſi agnatione.

TEXTUS.

De posteriori testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit; in his casibus paterfamil. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum a posteriore, & posterius æque nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

2. *Superius rumpitur*) Etiamsi nominatim non revocetur, *l. 1. l. 2. eod. l. 27. Cod. de testam.* Ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, *l. 4. de adimpl. leg.* sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. *l. ult. hoc tit. l. 1. §. en. pl. pen. §. 2. seq. tab.*

Aut conditione defectus) Etenim tam solemne riteque per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo pure, *§. 9. sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Vis & effectus incisionis testamenti, delationis, scripturæ cancellationis, &c.*
2. *Inciso, deleto, cancellato, &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis?*
3. *An jura de incisione, inductione, &c. agentia accommodari debeant ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est?*
4. *Cur prius testamentum etiam tabulis manentibus integris semper rumpatur a posteriore?*
5. *Ad rumpendum prius testamentum necesse non esse, ut id in posteriore nominatim revocetur.*
6. *Error Bachovii notatur & corrigitur.*
7. *Quod si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis?*
8. *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo hæres extiterit.*
9. *Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur?*

Secundus modus, quo testamentum initio rite factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est; nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum suum inciderit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tot. tit. de his quæ in test. delent. l. ult. de injust. rupt. testam. l. [illegible] 22. §. 3. qui testam. fac. l. 1. §. [illegible] l. penult. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 12. l. pen. Cod. de testam.* non tamen non consulto, sed incaute quis forte inciderit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc quod scriptum est utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l. 1. de his quæ in test. del. d. l. pen. Cod. de test.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, *l. 2. & 3. de his quæ in testament. del.* (2) Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi qui ab intestato venire desiderent, probaverint, id ideo a patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur, *l. ult. eod. tit.* His autem modis testamento rupto; hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, *d. l. pen. Cod. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi l. ult. de his quæ in testam. del.* nisi speciali odio hæredum inductio facta probetur, quo in casu tamquam ab indignis hæreditatem fiscus aufert, *l. 3. d. tit. l. cum tabulis 16. §. 2. de his quæ ut indign.* Clar. §. *Testamentum q. 93. n. 2.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 31.* Paul. Bus. *ad l. 2. & seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, quæ talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema illa testatoris scripto comprehendatur a Notario in scheda, unde mox diligentius exscribatur & in forma redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarius *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cessationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum Notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, *in §. pen. hoc tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provinciæ in judicando aliquando secutus est, *decis. Cur. Holl. 1.* eamdemque sententiam & Peckius probat. *lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, jure scriptorum censenda sint, cum Paul. Castrens. in *l. pen. Cod. de testam. num. 7.* Vasq. *lib. 2. de success. creat. re pass. 8. n. 62. & re pass. 17. num. 63.* Grass. *§. testamentum quæst. 85. n. 2.* Bachov. *in Treutl. vol. 2. disput. 10. thes.* Utique enim ex incisione aut deletione certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo deletove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris quæ schedula continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri: ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim dispositionis a solo instrumento dependere, adeo mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, ut post Gloss. & Bart. *in l. hæredes 11. de testam.* plerique tradiderunt. Sichard. *in l. hac consultissima 21. §. per nuncupationem n. Cod. de testam.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 1. t. 6. n. 6.* Afflict. *dec. 166. num. 2.* Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æque principalibus unum forte delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet Castr. *ubi sup.* Etsi autem protocollum Notarii integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocollum nihil ad testatorem, sed Notarius ex officio suo continere tenetur sibi, & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *Cod. suo de testam. defin. ult.* (4) Integris tabu-

bulis manentibus testamentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit; qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet; ac proinde quicumque testamentum facit, censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti, quod novissime factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia judicis prima, non postrema, rata habeatur. Non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & judicis: sed judex simul ac sententiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. judex 55. de re jud.* Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub §. penult. inf. eod.*

Superius rumpitur) *l. 1. l. 2. de injust. rupt. test.* & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat, *l. sancimus 27. Cod. de testam.* cum ait, secundo testamento perfecto, prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testamento mentio fiat prioris, nominatimve id revocetur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat; ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam posterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem revocare, cassare, & annullare testamenta antea a se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expresse revocati non sint: cum enim testamento facto, codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato, simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab intestato 16. de jur. cod. l. Cod. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi potest ex ipsa natura testamenti. Testamentum olim erat lex. Hinc concedebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis; *hæres esto; damnas esto, capito, sinito:* &c. hinc ipsum vocabulum duodecim Tabul. LEGARE, quasi *legem dicere* [illegible]. Quemadmodum itaque lex posterior tollit priorem: *l. ult. ff. de const. princ.* consequens videbatur, ut & testamentum posterius sine nova revocatione rumperet prius. Et id principium, uti alia retinuere veteres Jurisconsulti quam jam obsolevisset ritus testandi in comitiis, & testamenta jam formam mancipationis per æs & libram induissent. VINN. Quamobrem non recte Bachovius scribit, generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacuam quidem esse, quod attinet ad infirmationem prioris testamenti; cum id hoc ipso, quod aliud conditum est, evertatur; non autem quoad codicillos ante factos, quippe qui aliis cum testamento consistere[nt]. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testamento per consequentiam etiam codicillos corruere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex iis modo allegatis perspicue patet. Plane si nullum testamentum, sed codicilli tantum antea facti proponantur, testamento postea facto, hujusmodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testamentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat testatorem a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, *§. 1. inf. de codic.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius testamentum habens talem clausulam per posterius quantumvis numeris omnibus absolutum non tolli; ac ne tunc quidem quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum: sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessariam esse, ut ibi specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis 22. de leg. 3.* Gomez. *ad l. Tauri 3. n. 29.* Covarr. *de test. p. 2. rubr. n. 5.* Vasq. *de success. res. lib. 1. §. n. 29. & seqq.* Clar. *d. §. testam. q. 99.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8.* Peck. *1. de test. conjug. c. 10.* Graff. *§. testamentum q. 86. & seq.* Jac. [illegible] *art. test. cap. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, *arg. l. 6. §. 2. de* [illegible] *Cod. l. ult. in pr. de legat. 2. d. l. 22. de leg. 3. l. 4. de adim. legat. cum simil.* Notatur a Cujac. *14. obser. 7.* Anton. Merend. *l. 4.* [illegible] *c. 49.* Ant. Faber eam numerat inter gravissimos errores, quos antiqui Glossatores invexerunt; *decis. 57. err. 7. & seqq. & decis. 58. err. 1. & decis. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est, Guid. Pap. *quæst. 127.* Papon. *lib. 2. tit. de testam. arrest. 4. & 5.* Anton. Fab. *Cod. suo de testam. tit. defin. 9. & seqq.* Joann. a Sande *lib. 4. tit. 1. defin. 10.* Nec deest color, quo tegi possit. Grot. *2. manuduct. cap. 24.*

Nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, &c. Quæ sequuntur, continent ampliationem quamdam regulæ initio positæ, nimirum, prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l. 1. 16. de injust. rupt. testam. l. 9. de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti quæ sola hic requiritur, non pertinet; nec prioris testamenti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu contingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur, ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ utpote semel ruptæ non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

Si quis aut noluerit, &c.) Enumeratio modorum quibus fit, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur. Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres esse non potest; quod contingit, si vel decesserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad institutos hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis *l. ult. Cod. de his qui ant. ap. tab. l. un. §. in novissimo, 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres pure, in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te 27. §. 1. de hær. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo pure, *§. hæres, 9. sup. de hær. inst.* penderque hoc totum a sola voluntate testatoris. Contractus vero puros per conditionales non resolvi, mirum non est, veluti si id, quod pure emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emptione, *l.* [illegible] *in pr. de resc. vend.*

His

His casibus paterf. intestatus moritur id est, ex quo intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, adeo ut nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nemo* 18. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. de hær. quæ ab int. def. in pr.*

TEXTUS.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit; superius testamentum sublatum esse, Divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hic inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta, ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet: *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

NOTÆ.

Ex certis rebus) Nam non minus recte instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quam ex parte hæreditatis, *l.* 1. *§.* 4. *l.* 9. *§.* 13. *l.* 10. *de hær. inst.*

Ac si rerum mentio facta non esset) Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *dd. ll.* quia contradictionem implicat, hæredem esse rei singularis. Itaque universa bona obtineat, nisi cohæredem simpliciter, aut ex parte scriptum acceperit: tunc enim legatarii loco est, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup. l.* 23. *C. de hær. inst.*

Ut valeret prius testamentum) Hæc clausula cum hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore duret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l.* 19. *de testam. mil.*

COMMENTARIUS.

1. *Appellatione quartæ Falcidiæ veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*
2. *Fideicommissa quandoque intelligi & sine verbis fideicommissorum propriis ex voluntate testatoris.*
3. *Doctrinam hujus §. ad testamentum militum non pertinere, uti nec superioris.*

E*Tiamsi ex certis rebus*) Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Marciano, *l. si quis* 29. *ad SC. Trebell.* descripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc, cum in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione. Nam non minus recte instituitur hæres ex re certa, quam simpliciter, aut ex parte hæreditatis, placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l.* 1. *§.* 4. *de hær. inst. l. cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentio facta non esset) Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio non ut ex ea re hæres fiat; (nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cum hæres sine universitate bonorum intelligi non possit:) sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset; *l.* 1. *§. si ex fundo*, 4. *l.* 6. *§. si duo*, 13. *l.* 10. *de hær. inst.* & proinde nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *leg. cohæredi*, 41. *in fin. de vulg. & pupill.* Vide, quæ scripsimus *sub §. hæreditas*, 5. *& §. & si plures*, 8. *supr. de hær. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia) Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hæreditatis retentio aut suppletio, si minus relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est: aut potius juxta mentem Justiniani, ex Senatusconsulto Trebelliano; postquam Pegasianum abolitum, & vis ejus omnis in Trebelliano translata est, *§. sed quia*, 7. *infr. de fideicomm. hær.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiæ appellent, ut videre est *in l. ratione*, 30. *§. tametsi*, 7. *leg. Titia*, 86. *l. acceptis*, 93. *ad l. Falcid. l. mulier*, 22. *§.* 2. *l. deducta*, 58. *§.* 3. *ad SC. Treb. l.* 2. *in fin. de jur. eod l.* 10. *Cod. ad leg. Falcid. cum similib.* Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiæ hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit. VINN. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia Senatusconsulta sæpe legum nomine veniant earum, ad quas facta sunt. Senatusconsultum autem Pegasianum videtur factum ad Legem Falcidiam, & quartam quam illo a legatariis detrahi concesserat, ad fideicommissa protulisse. Recte Jac. Goth. *ad leg. Pap. Popp. cap.* 17. *p.* 332. *Quæ Senatusconsulta ad leges sequuta, ea Jurisconsulti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *Cod. de nupt.* ubi *legi Juliæ & Papiæ* tribuitur: quod est ex Senatusconsultis *Persiciano, Claudiano, & Calvisiano*, ad illam legem factis, teste Ulp. *Fragm. tit.* 16. *§.* 3. HEIN.

Quibus ut valeret prius testamentum) Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat; proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquetur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcise requiritur expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto*, *volo*, *rogo*, *fidei tuæ committo*: sed plerumque etiamsi sine his verbis admittitur ex sententia, & voluntate testatoris, *leg. ubi*, 19. *§.* 1. *ad SC. Treb.* Quod etiam accidit in proposito, cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeret: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo, quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cum secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas

per-

perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris: sed ut manifesta voluntas defuncti, quoad per jus licet, conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt, & benigne sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere, sive simul, sive separatim: nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit, ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expresse caverit, ut prius quoque valeat; per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quam posterior voluntas valeat jure directæ institutionis. Sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei hæredis commiserit, ut priores tabulæ valerent; in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *leg. quærebatur*, 19. *de test. mil.*

T E X T U S.

De testamento irrito, & quibus modis sit irritum?

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is, qui fecit testamentum, capite diminutus sit, **quod quibus modis accidat, primo libro retulimus**.*

COMMENTARIUS.

Hactenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmetur salvo statu testatoris, & *rumpi* specie dicitur. Sequitur alter, quo infirmatur statu testatoris mutato: qua mutatione supervenienti in usu juris proprie dicitur *irritum fieri*, *leg. 6. §. irritum*, 5. *l.* 52. *in fin. princ. de injust. rupt. testam.*

Capite diminutus) Nec interest, qualis capitis diminutio intervenerit; omnibus enim modis, capitis diminutione status hominis mutatur, *sup. de ca. dem. lib.* 1. & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisf. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, §. *non tamen*, 6. *infr. eod.* Si vero quid postea supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furorem inciderit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *supr. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum fit testamentum capitis diminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum*, 5. Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinetur, *d. l. 6. §. pen. l.* 12. *qui test. fac. §. ult. supr. quib. non est perm. fac. test.* ubi latius hic explicatur. Secundo capitis diminutione media puta si testator in insulam deportatus sit: quoniam hoc modo e numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit, §. 1. *supr. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. sunt quidam*, 17. §. 1. *de pæn.* Quod autem Jurisconsultus *d. l. 6. eius* 7. ait, testamenta non eius, qui deportatur, non statim irritum fieri, sed tunc demum, cum factum Princeps comprobaverit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pæn. l. 6. §. 1. de interd. & regul.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet: Proconsul enim & Præfectus urbi habent, *d. d. l.* Postremo & minima capitis diminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §.* 2. *de bon. poss. sec. tab. §. non tamen*, 6. *infr. h. tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamentum, nec cum testamento decedere potest. An autem emancipatione finitam. veterani testamentum de bonis castrensibus factum irritum fiat, quod negat Jurisconsultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum est, §. *denique*, 5. *sup. de mil. test.* Atque hic casus a testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum *l. 1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. fratrum*, 20. *de bon. poss. contr. tab. & in fragm.* Ulpian. *tit.* 23. §. & recte quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Ceterum sæpius hoc casu testamentum dicitur *destitui*, aut deseri, §. *cum autem*, 7. *& seqq. de hær. quæ ab int. l.* 9. §. 1. *de lib. & post. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus a testamento irrito facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l. 1. in pr. de suis & leg. hær. infr. de hær. quæ ab int. in princ.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solum quæritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit, Nov. 1. c. 1. de quo D. Grot. *lib. 2. manud. ad. cap.* 24. *vers.* 300. *Etiamve*r. VINN. Accedit & alia ratio, quod ejus novum invexerit beneficium inventarii *l. ult. §.* 4. *C. de jur. delib.* Quum enim inventarii rite confecti is sit effectus, ut hæres non teneatur ultra vires hæreditatis §. 15. *Inst. de hær. qual. & dif.* non temere quis repudiabit hæreditatem, sine periculo a se adeundam. HEIN.

T E X T U S.

Cur dicatur irritum?

5. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant, & ea, quæ statim ab initio non jure fiunt, irrita sint. Sed & ea, quæ jure facta sunt, & postea per capitis diminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.*

N O T Æ.

4. *Hoc casu irrita*) Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, *leg. 1. h. tit. l.* 20. *contr. tab.* Ulpian. *d. l. loc.*

COMMENTARIUS.

NON est novum in artibus & præsertim in hac nostra disciplina, ut verba, quæ vi sua generalia sunt, doctrinæ & distinctionis causa contrahantur ad significandum certam speciem, quo magis singulæ res singulis verbis ad certam speciem tractatis intelligantur, ut hic ostenditur exemplo rupti & irriti facti testamenti. Sic adoptio, cognatio, pactio, contractus, actio, &c. nomina sunt, quæ per se generalem significationem habent, sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis deno-

denotatur; quod tunc maxime fit, cum junguntur nominibus cognatæ significationis,

Et quæ rumpuntur irrita fiunt] Rarissime autem hæc a nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenta hac distinctione usuve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujus tabulæ incisæ aut inductæ sunt, *leg. 3. circa fin. l. ult. de his quæ in testam. del. l. in fraudem, 15. §. 1. de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt, irrita sint) Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & *leg. 1. tit. de injust. rupt. irrit. fact. test.* Hoc recte quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque quod ait, quæ ab initio non jure fiunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ numquam constiterunt, irrita fieri, ut & rumpi, ea demum, quæ cum antea constarent, eversa sunt. Privationem enim significant: privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur a nostris in eam rem *lex 5. de injust. rupt.*

Singulas causas) Ἐν κοινῷ τάξει *singula vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *leg. 1. §. 3. de tab. exhib. l. 2. C. de edict. D. Hadr. toll. leg. 11. Cod. de precat.*

T E X T U S.

Quibus modis convalescit?

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quæ ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus, & civis Romanus, & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quia civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

N O T Æ.

6. Irrita facta sunt) Sed neque in causa testamenti rupti semper obtinet ratio, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præterito vivo testatore decesserit, *l. 12. de lib. & post.* item si testator supremas tabulas inciderit, ut priores supremas relinqueret, *leg. pen. §. 2. sec. tab.* Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, *l. 17. hoc tit.* Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris, aut defectum solemnium, *l. 1. §. 8. sec. tab. l. 12. C. de test.*

Et suæ potestatis) In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, a qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio, *d. l. pen. §. 2. sec. tab.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*
2 *Testamentum ruptum agnatione posthumi præteriti, eodem ante patrem mortuo, vires recipere.*
3 *Cancellatione, incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabulæ integræ manserint.*
4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis diminutione testatoris, eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione: secus si testator se adrogandum dederit, & postea, sui juris factus, decesserit.*

HIC locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem Tribonianus duplici nomine hic reprehendi; primum quod quæ rupti & irriti facti testamenti communia sunt, ita tradit, quasi unius & nimirum irriti facti essent propria; deinde quia simpliciter scribit, testamenta per capitis deminutionem irrita facta jure Prætorio convalescere, si testator civis Romanus & sui juris decesserit: cum in quibusdam tantum hoc solum sufficiat, in quibusdam nova præterea declaratione voluntatis opus sit, uti mox demonstrabitur.

Per capitis diminutionem irrita facta) Quæ testamenta ab initio propter inhabilitatem personæ testantis non consistunt, ex ea postfacto vires nullo jure capiunt, veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfam. testamentum fecerit, & deinde testamenti factionem habens decesserit. Hoc testamentum ne jure quidem Prætorio sustinetur, ut ex eo bonorum possessio secundum tabulas peti possit, *l. 1. §. exigit, 8. sec. tab.* Idemque est, si testamentum nullum sit ob defectum solemnium juris, puta quia pauciores quam septem testes adhibiti, aut ex septem adhibitis quidam non signaverint, *leg. 12. C. de testam.* De testamento aut in quo filius, qui erat in potestate, præteritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure Prætorio. Sed verius est, tale testamentum jure Prætorio omnino nullum non esse, scriptosque in eo hæredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, *arg. leg. posthumus, 12. in fin. pr. leg. filio, 17. de inj. ust. rupt. l. si duobus, 12. §. 1. contr. tab. leg. 2. in princ. sec. tab.* quod prolixe contra communem defendimus *sub tit. de exhæs. liber.* Hæc autem non sunt propria hujus loci; quippe in quo agitur de testamentis, quæ ab initio recte facta deinde infirmata sunt, quæriturque, an postea, sublata causa infirmationis, jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit; quando testamentum irritum factum est, sive infirmatum ob id, quod testator capite minutus sit; attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est, seu eversum, testatoris statu non mutato. Videamus ergo de rupto, & de eo prius; postea cogniturі de altera specie, de qua hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui hæredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum præteritum vivo patre decessisse; quæritur, an testamentum ruptum nativitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat? Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere eo effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *leg. posthumus, 11. de injust. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen Prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum; quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem Prætoris excedere videri poterat, quod ex testa-

testamento intrinsecus vitioso defendere hæredi scripto bonorum possessionem cum re contra eos, qui alioqui rem ab intestato auferent. Plane si posthumus præteritus nascatur post mortem testatoris, licet, illico decedat, testamentum non restituitur, nec omnino cum decedit partem jam mortuo: nam cum suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos; ad cujusmodi speciem pertinet *lex* 2. *Cod. de posth. hæred. inst.* Cujacius *ad leg.* 7. *de lib. & posth.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse: quæritur, an restituatur prius, cujus tabulæ integræ maneant? Papinianus respondit, si id hoc animo a testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret; voluntatem quæ defecerat, recenti judicio rediisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, *leg. pen.* §. 2. *sec. tabul.* At inquies, an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *dict. loc.* atque hanc objectionem sic removet, ut dicat, non quæri hic de jure testamenti, sed de viribus exceptionis. Quo significat, recenti isto judicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum; sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tamquam quem utriusque voluntatis pœnituerit, intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. penult.* §. 2. Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *leg. sancimus*, 27. *C. de testam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo, quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo quod aliud factum est, etiamsi testator prius non revocaverit. Et licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur, ut nihil in eo scriptum valeat, ne quisquam ipso jure agere, aut quid petere ex eo possit; non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum a re, quæ, ut Doctores nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit, removetur impedimentum. D. Men. *consf.* 176. *l.* 2. Fach. 5. *contr.* 93. D. Tuld. *comm. hic cap.* 5. Deck. 2. *diss.* 3. *num.* 30. Ac proinde putarem testamentum hoc casu valere etiam jure civili. Jam tempus est, ut ad textum §. nostri accedamus, in quo tractat de convalescentia testamentorum, quæ per capitis deminutionem testatoris infirmata sunt, uno verbo, irrita facta.

Si septem testium signis signata) Hoc enim solum, semper tamen in danda bonorum possessione juxta tabulas Prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posth.* 12. *in princ. de injust.* Ulpian. *tit.* 23. §. 3. *tit.* 28. §. 5. Ita enim obsignatum esse oportet, ut jure Prætorio valeat, seu eo jure, quo obsignatio introducta est, §. 2. *supr. de test. ord.*

Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore) Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento, quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus, *leg. penult.* §. 2. *sec. tabul.* Etenim interest, an ei, de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave, an minima contigerit capitis deminutio. Si maxima aut media, verbi gratia si capite damnatus sit, & Princeps damnatum in integrum restituerit, quia nullum hic factum intervenit, ex quo colligi possit mutatio voluntatis testatoris, nihil causæ est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, *leg.* 6. §. *penult. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis indulgentia Principis postea restituti ita convalescere, ut non solum jure Prætorio valeat, sed jure etiam civili propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ constat, *dict. l.* 6. §. *penult.* nisi quis putet, comparationem illam pertinere duntaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At vero si minima capitis deminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti, obtinendamque ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit; sed præterea requiritur, ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure a priori voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin. *d. l. pen.* §. 2. *sec. tab.* ex quo hoc explicandum quoque, & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *leg.* 8. §. 3. *de jur. eod.* ita ferme & Bart. *in d. leg.* 6. §. *pen.* Mynsing. & Schneid. *hic* Conaan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familias) Supple, *aut in servitute, aut conditione peregrinantis*. Omnino enim Prætor exigit, ut is, cujus bonorum possessio datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum testamentum, & cum moritur: intermedium autem tempus non curat, *leg.* 1. §. *exigit*, 8. *de bon. poss. sec. tab.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5.

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere: usque adeo, ut & si quis post factum prius testamentum, posterius facere cœperit, & aut mortalitate præventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, D. Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabulæ priores jure factæ irritæ fiant, nisi frequentes jure ordinatæ & perfectæ fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

NOTÆ.

7. *Id noluerit valere.* Nisi post lapsum decennii a condito testamento voluntate revocaverit ad minimum coram tribus testibus, *l. 27. C. de test.*

Usque adeo *l. 2. h. tit. l. 18. de leg. 3. l. 21. §. 2. C. de testam.* Excipe imperfecta testamenta militum & parentum inter liberos, item nisi in posteriore testamento imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt, *d. l. leg. 2. h. tit. d. l. 21. §. 1. cum auth. seq. §. 2. Cod. de test.*

COMMENTARIUS.

1. *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata.*
2. *Refertur hujus juris ratio.*
3. *An validior sit revocatio causata, quam simplex?*
4. *Cur ne nunc quidem testamentum inceptum cum priori conferendum habeat?*
5. *Temperamentum superioris doctrinæ.*

HIC §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imper. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri cœptum sit, nec absolutum; latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc a nobis explicandum est.

Quod testator id noluerit valere. Si quem priori voluntati pœniteat, malitque nunc intestatus decedere; parata ei est expeditissima ratio, ut tabulas incidat, deleat, cancellet, signa revellat, *leg. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *leg. militis, 36. §. 3. de testam. mil. l. sancimus, 27. Cod. de test.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit, nolle se testamentum, quod fecit, valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt Clar. §. *testamentum q. 91.* Grass. §. *testamentum q. 84. num. 2.* Jas. Wesemb. *tit. test. c. 13.* Angl. Vigl. Mynsing. Schneid. *hic.* Et recte. Nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator processit, quod tamen non consummavit, quanto minus infirmabitur sola revocatione verborum? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius est, quam simplex voluntatis declaratione. Hoc ipsum aperte manifeste probat *lex sancimus*, 27. *C. de test.* qua Justinianus sancit, ut demum post lapsum decennii, hoc est, a condito testamento decem annis elapsis, revocatione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit pertinere istam constitutionem ad eum casum, quo tribus tantum testibus revocatio munita est: nam ex hoc ipso quod Justinianus exigit, ut non pauciores, quam tres testes ad revocationem adhibeantur, ut valida sit ad infirmationem testamenti post lapsum decennii, satis intelligitur, non aliud eum esse voluisse, sive plures testes intervenerint, sive quinque, sive septem; quo enim plures adhibentur, eo validior etiam est, quam pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, qui exstat in *leg. 6. Cod. Theod. de testam.* qua cautum erat, ut solo lapsu decennii testamentum evanesceret in totum, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas. Hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc, cum ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio: quam etiam revocationem non paucioribus, quam tribus testibus muniri voluit, cum alias ad probationem voluntatis, quæ testamentum non est, ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius est ad sustinendam verbalem testamenti solemnis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur, eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde etsi concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est, æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem: quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solemni testamento comprehensam, qui nude eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas inciderre, delere, poterat aliud testamentum condere: quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis pœnituisse, ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quam undæ illius declarationis contrariæ, facit *lex militis*, 36. §. 3. *de testam. milit.* Ex quo loco simul dicimus, ita jus esse, cum quæritur de institutione hæredum; legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia vide Anton. Fab. *decis. 39. error.* 8. His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartholi in *leg. si jure*, 18. *de legat.* & Doctorum quos allegant & sequuntur Clarus §. *testam. quæst. 92.* Vigl. Mysing. Schneid. *hic.* Qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus est, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum a me factum valere*: an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus*. Nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert Grot. *l. 2. introd. cap.* 24. Verum nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, aperte evinci *d. l. militis*, 36. §. 3 *de test. mil.* Et vero si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacite & per quamdam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quominus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset. Et recte Mantic. *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. num.* 19. ex Socino refert, distinctionem istam Bartholi captiolam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessario ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocatur. Sed non debeas vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum eodem Socino, Bald. Salic. *in dict. leg. sancimus*, 27. *Cod. de test.* & aliis, quos allegat, ad revocandam testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus, quam sententiam abunde jam confutavimus. Unum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext.* ex verbis, *Vel quia alia voluntate voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere*. Sed nemo, opinor, tam insans est, qui non videat

Juris

Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis; sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis, quæ antea expresserat, incisioni, aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententiæ defensores Anton. Fab. *decis.* 29. *err.* 6. Bachov. *in Treutl.* 2. *disput.* 10. *thes.* 6. Anton. Merend. 3. *controv.* 45. Plane ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *argum. leg. nihil*, 35. *de reg. jur.* cum Connan. 9. *comm.* 7. Wesemb. *in hunc*. Groenevv. *de legib. adrog. hic*.

Usque adeo] Ampliatio. Dixerat modo nuda voluntate testamentum infirmari non posse, id nunc usque adeo verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat; sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit. Hic vero itidem ut in casu præcedenti æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris aliud testamentum facere aggressi mortuique antequam illud perficeret, destitui constat, *per leg. pen.* §. 2. *sec. tab.* Verum obstat hic quoque legum auctoritas, *l.* 2. *l.* 11. *de injust. rupt. l. si jure*, 18. *de legat.* 3. *l. hac consultissima*, 21. §. 3. *C. de test.* & *hic test.* Quid quod in proposito nec voluntatem defuncti ab intestato venientes habent? ponimus enim in secundo testamento, quod imperfectum est, scriptos esse extraneos. Quamobrem cum illi, quos postremo testator voluit, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est: atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius *dict. l. si jure*, 18. *de leg.* 3. credibile esse, testatorem ita demum a priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus] Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti; una ratione solemnium, puta si pauciores quam septem testium intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solemnitatem ordinationis pertinet, omissum sit: altera ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet, morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l. si is*, *qui* 25. *qui test. fac. leg.* 9. *Cod. eod.* Bald. *in leg. hac consultissima*, 21. §. 1. *num.* 2. 5. *Cod. de test.* Sichard. *ibid. num.* 9. Quo loco uterque etiam notat, testamentum, quod ratione voluntatis & dispositionis imperfectum est, nec inter liberos valere. Quod & Cujac. *in d. l.* 25. notavit ex Accursio: estque communis hæc & recepta sententia. Vasq. *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 21. *num.* 62.

Divi Pertinacis oratione] Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebantur, *l. oratione*, 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* 13. *An. c.* 25. *Orationem principis secuto patrum consulto, primi Æditui senatorum in urbe, jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio D. Hadr. de petitione hæreditatis, *l.* & *si rem*, 22. *de hær. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt*, 20. §. *præterea*, 6. & *multis seqq. eod. tit.* Jul. Capit. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem sane tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* & paulo post; *Addiditque Senatusconsulto*, &c.

Jure ordinatæ & perfectæ fuerint] Quæ legitimo modo fiunt, legitime quoque solvi debent, *leg.* 35. *de reg. jur.* Hac ratione utitur etiam Garm. 5. *tit.* 5. §. 17. Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta, quæ quamvis imperfecta, jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.* 2. *de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfectum quovis posteriore solvitur, *l. ejus*, 34. §. 1. *de test. mil.* & tamen per id, quod jure militari secundo loco factum est, rumpitur præcedens perfectum, hoc est, factum jure communi, *d. l.* 2. & *d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est, aut vim perfecti testamenti habet; quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto, mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum irritum constituit. Testamentum imperfectum factum a parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, *l. hac consultissima*, 21. §. 1. *Cod. de test.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quam si posterius modis omnibus perfectum fuerit, & prius nominatim revocatum, *Nov.* 107. *auth. hoc inter*, 8. *de test.* Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint, qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet, infirmato priore testamento, posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tamquam testamentum, sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultissima*: 21. §. 3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriores, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur; quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quid est, quod Jurisconsultus in *d. l.* 2. *de injust. rup.* simpliciter scribit, prius testamentum per posterius imperfectum rumpi, si in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest? Nimirum si in posteriore imperfecto, in quo scripti, qui ab intestato habere possunt, omissa sit aliqua solemnitas, quæ tantum jure civili præcise requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exhæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum recte dicitur. Atque ita appellatur in leg. 12. §. 1. *contr. tabul.* quoniam inter cætera, quæ testamentum jure civili perficiunt, etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus, non jure civili, sed honorario, data secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signatæ sunt, cum re & effectu bonorum possessione, *arg. d. l.* 12. §. 1. *contr. tabul.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus est D. Bach.

TEX-

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem ratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce hæredis nomen admissurum. neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc Divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.

NOTÆ.

8. *Litis causa Principum*, &c. Capit. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de hæres intest.* Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Ob eam causam) Quod tabulæ non essent legitime factæ, ut recte Cujac. & Fabrot. quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

Legibus soluti) Princeps legibus civilibus solutus est, *l.* 31. *de legib. l.* 3. *C. de test.* Dion. *lib.* 53.

Attamen legibus vivimus, Imp. *l.* 1. *C. Theod. de cond. & dom. dom. Aus. Sancimus quidem leges, sed sequimur.* Plin. *Paneg. cap.* 65. *Ipse te legibus subiecisti.* Vid. & *l.* 23. *de leg.* 3. *l.* 4. *Cod. de leg. dict. leg.* 3. *Cod. de testam.*

COMMENTARIUS.

1. *An Principes Romani legibus soluti fuerint; & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent?*

EAdem oratione expressis ipseque, inquit de Pertinace loquens Capitolinus, *d. loc. cap.* 7. *professus est, nullius se aditurum hæreditatem, quæ aut adulatione alicuius delata esset, aut lite perplexa, aut legitimi hæredes & necessarii privarentur.* Additque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem rempubl. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac ratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione rempubl. temperaturum, quam antecessor eius. Commodus Princeps flagitiosissimus fuerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Svetonius *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hæreditates, vel existente uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus huiusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii *in leg. nolumus,* 20. *Cod. de testam.* VINN. Meretur huius juris historia paulo accuratius tractari. Primus Augustus flagitare solebat ab amicis hoc benevolentiæ testimonium, & eorum supremo judicia morosissima pensitabat, neque dolore dissimulato, si parcius, aut circa honorem verborum neque gaudio, si grate pieque quis se prosequutus fuisset. Svetonius *Aug. capp.* 66. Hinc idem Svetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quaterdecies millies ex testamentis percepisse. Ne tamen captare videretur hæreditates, aut parum honesta institutionis causa subesset: nec ab ignotis admittebat hæreditates, nec a parentibus, sed eas cum incremento liberis restituebat. Svetonius *cap.* 66. Idem fere exemplum sectatus Tiberius. Tacit. *Annal. II.* 48. Primus Caligula hæreditatis avidissime captavit, testamenta, in quibus nulla sui mentio, rescidit, testatores paulo diutius superstites interemit, & testes, qui se Cæsarem hæredem dictum, audivisse adseverarent, subornavit. Svetonius *cap.* 38. Hunc imitati Nero, Tacit. *lib.* 16. *Annal. cap.* 43. Vitellius, Sveton. *cap.* 14. Domitianus, Sveton. *cap.* 12. Trajanus exacte Augustum imitabatur. Plin. *pan. cap.* 34. nec non Hadrian. Spantian. *cap.* 18. & Antoninus Pius, Jul. Capitolin. *cap.* 8. Postea quum Commodus malum denuo principem egerat, huic malo non tantum exemplo, sed & lege lata repugnavit Pertinax. Jul. Capitolin. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem respicere videtur Alexander *l.* 3. *Cod. de testam.* Immo quum nec id sufficeret refrænandæ Principum aviditati, Theodosius Magnus *leg.* 2. *Cod. Theod. de test. & codicill.* omnes hæreditates plane respuit. Conf. Symmach. *lib.* 2. *Ep.* 13. idemque edicto monuit Theodosius junior, *leg.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratissima diligentia exposuit Vir illustris Nic. Hier. Gand. *Diss. de principe hærede, cap.* 4. HEIN.

Qui litis causa Principem) Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, tot. tit. *de alien. jud. mut. potent. & tit. Cod. ne lic. potent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. caus.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa hæredem institui, quo alii, nomine principis deterriti jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse, calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *leg. pen. de hær. inst.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *Paneg. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitime factas) Lex est hæredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitime factis hæreditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitime factas improbavit. Secundum quod sæpissime constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hæreditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de test.* Ait, *in quibus ipse, ob eam causam.* Nempe quod tabulæ non essent legitime factæ, ut recte Cuj. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce.* Non quasi Princeps hæres nuncupari non possit, aut hæres esse ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης, ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

Neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit) Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa non legitimo testamento relicta complectens. Ex imperfecto testamento, ait Paulus *l.* 23. *de legat.* 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverecundum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. *sent.* 5. & Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoffic. testam.* scribunt, testamentum, in quo Imperator hæres scriptus est, inofficiosum argui posse.

Licet legibus soluti sumus) Principes Romanos, legibus solutos esse, scribit Dio, *lib.* 53. atque id ipse hic

hic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ulla scripta lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipub. aliquando usurpatum ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem una aliqua lege solveret, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eumdem repetere liceret, sicut de Pomponio Africano, Octavio aliisque permultis factum legimus; ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expresse lata, quæ lex regia *in l. 1. de const. Princ.* lex imperii *in l. 3. C. de test.* appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulp. *in l. Princeps*, 31. *de legib.* Quamquam necesse non erat, hoc caput legi regiæ inserere; quandoquidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicative in Principem transtulit, *d. l. 1. de const. Princ.* necessario sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absoluta jura majestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait Albet. Gentilis in quæstionibus regiis. *Deus*, inquit Justinianus, *leges Principi subjecit cum ipsum legem animatam misit hominibus*. *Nov.* 105. *c.* 2. *in fin.* Jam vero qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario in legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subjicitur, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius *in paneg. c. 65. Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit*. Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma *q. 66. art. 5. part. 1.* quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si leges, secundum vim dirimentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tamquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coercendi & puniendi non obedientes. Cæterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur, quatenus homines nati sunt, omnino efficitur, aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib. 1. de repub. c.* 8. sic scribit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis adrogare potest. Cujusmodi*, inquit, *est lex Salica regni hujus firmissimum firmamentum*.

Attamen legibus vivimus) Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii potestatem, ut legibus omnibus civilibus sit solutus; tamen officium imperantis est, legibus vivere, iisque parendo suo exemplo præire illis, quibus solis latæ sunt. Quod significat Paulus *l. ex imperfecto*, 20. *de legat.* 3. his verbis: *Decet enim tantæ majestati, eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur*. Et Imper. Alexander, *l. 5. C. de test.* cum ait, *nihil tam proprium imperii esse, quam legibus vivere*: eodemque modo explicanda, *l. digna vox*, 4. *C. de legib.* & illud Plinii *in Paneg. ad Trajan. cap. 65. Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit*. Item illa: *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem*. Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus, *lib. 11. c. 126.* & Plin. *ibid. cap. 45. Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est, ad hanc dirigimur; nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo*. Τίς γὰρ ἂν ὑπακούσαι ἀπειθῶν, ὁρῶν τὸν βασιλέα πειθόμενον: inquit Xenoph. *in laudib. Agesilai*, *c.* 7. §. 2. Claudianus *in Paneg. vers.* 307. *de quarto consulatu Honorii*, his versibus Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes si quid, censesve tenendum,
Primus jussa subi: tunc observantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, cum viderit ipsum
Auctorem parere sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum: nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

D. Lib. 5. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 28.

Continuatio, & argumentum tit. Unde nomen inofficiosi: tum, quorum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure, sed per sententiam judicis rescinditur, ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum, quod superius dixi paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. de exhær. lib.* Locus hic late patet, quamquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc libello. Initio indicat ille causam introducendæ de inofficioso querelæ, & quo colore proponatur: mox quibus ea competat, aut non competat, ostendit: sequuntur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum argui: atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem, §. *ult. d. t. de exhæred. lib.* quæ in hoc tempus dilata, tunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur, in quo testator contra officium, quod alteri debebat, fecit quemadmodum scimus, hominem inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut contra officium, quod alter debet, facit; & ideo si, verbi causa, testator, cognatis suis aut personis de se bene merentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos, parentes, & fratres neglectum est, seu in quibus liberi, aut parentes, aut fratres, vel exhæredati sunt immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi, postulandique, ut si officium violatum esse constiterit, testamentum rescindatur. Cognitio nem hujus quæstionis ad centum viros pertinuisse constat ex Cic. *l. 1. c. 38. de orat.* Val. Max. *l. 7. c. 7.* & *l. Titia*, 13. *l. qui repudiantis*, 17. *h. t.* uti & simplicis petitionis hæreditatis. *l. ult. in pr. C. de pet. hær.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando, negotio ita ferente, a Prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum, ut liquet ex *l. 8. §. pen. h. t. l. 3. §. si emanc. 5. de bon. poss. cont. tab.* VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet Auctor, plenius poterant exponi. Dicitur hæc Actio QUERELA, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur. Voss.

In [illegible] *I cap. 6. §. 1. In si* [illegible], autem opponitur [illegible], quod [illegible] ita accurate exponit Seneca de *Benef. lib. 3. cap. 18.* quod ut *beneficia* sint aliena; ita *officia* eorum, *quos necessitudo suscitet, & opem ferre jubeat*. HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine ***causa*** *liberos suos exhæredant, vel omittunt, inductum est, ut de inofficioso testamento agere possint liberi, qui queruntur, aut inique se exhæredatos, aut inique præteritos: hoc colore, quasi non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem* ***testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis.*** *Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.*

NOTÆ.

Sine causa] Ex justis causis permissa exhæredatio, *l. 7. de bon. damn.* quas causas ex arbitrariis certas fecit & nominatim ad 14. complexus est Justin. *Novella* 115. *cap. 3.* [illegible] autem unam saltem ex his inseri testamento, eamque ab herede probari; secus ac jure veteri, *l. 5. §. 1. l.* [illegible] *tit. l. 28. Cod.* [illegible].

Exhæredant vel omittunt] Illud ad parentes omnes & proprie ad patrem pertinet, hoc ad matrem, cujus silentium pro exhæredatione est, §. *ult. sup. de exh. lib.* & ita intelligo *l. 3. hoc tit. d. Nov. 115. cap. 3.* Exhæredatis igitur omnibus, a matre etiam præteritis hoc remedium necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inofficioso militis testamento nemo queri potest, *leg. 8. §. 4. l. 27. §. 2. hoc tit. l. 9. l. 24. Cod. eod.*

Quasi non sanæ mentis] *l. 2. l. 5. §. 1. eod.* ac proinde quasi testamentum facere non potuerint *l. 17. §. 1. eod.* [illegible] [illegible] sed titulo quæsito tegitur iniquitas exhæredationis: & quidem ob hanc causam olim rescisso per querelam testamento nihil ex eo valebat, *leg. 8. §. pen.* [illegible] *l. 28.* [illegible] autem quantum ad institutiones [illegible] [illegible]: legata & cætera capita salva manent, *Nov. 115.* [illegible] *3.* [illegible] *ex causa, Cod. de lib. præt.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ* [illegible] *& quando querela necessaria?*
2. [illegible] *causas non* [illegible] *expressas, Nov. 115. cap. 3.* [illegible] *æque graves aut graviores, exhæredationem recte fieri.*
3. ***Quamvis exhæredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum*** [illegible] *ipso jure* [illegible] *subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querela contra comm.*
4. *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo* ***vim exhæredationis habere.***
5. [illegible] [illegible] *repulsa, addito jure patrio.*
6. *Utrum querela ipsa sit ordinaria petitio, an remedium aliquod ab actione separatum?*
7. [illegible] *liberis a patre præteritis, legata & cætera capita, præter institutionem,* [illegible] *conserventur?*
8. *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie?*

QUia plerumque] Recte monet D. Paccius in margine particulam plerumque non attinere verbum exhæredant, sed verba sine causa; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exhæredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: para falso instimulates, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, *l. 3. & 4. h. t.*

(1 *Sine causa liberos suos exhæredant vel omittunt*) Ait, *sine causa*; nam ex justis & meritis causis exhæredatio semper permissa fuit, *l. 7. de bon. damn.* Ait, *exhæredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes & proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet, nec supervacue hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exhæredationis habet; non est tamen revera exhæredatio, §. *ult. sup. de exhær. lib.* In patre exhæredatio necessaria est, ut querelæ locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, præterierit, testamentum ipso jure nullum est; si emancipatum, datur præterito bonorum possessio contra tabulas, *sup. d. tit. in princ. & §. 3. & 5.* Quin nec quævis exhæredatio querelæ locum facit; sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non a tota hæreditate, pro præteritione censetur, *l. 8. §. neminem* [illegible] *2. de bon. poss. cont. tab.* Matre autem sive prætereunte sive quovis modo exhæredante, semper ad infirmandum testamentum querela opus est, cum & jure civili firmum sit, nec a Prætore infirmantur; quippe qui exhæredationes, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, *d. l. 8. in princ. cont. tab. d. §. ult. sup. de exhær. lib.* Et igitur exhæredatis omnibus, a matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhæredationis jure antiquo certis legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant judicum, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat materiam exhæredati perpendere; *l. 3. §. si emancipatus 5. cont. tab.* Val. Max. *l. 7. c. 8.* Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov. 115. c. 3.* complexus est ad quatuordecim: cumque ante etiam simplici exhæredatione facta, permissum esset hæredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imper. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitudinis quæstionem movere, quam si testator expresse addidisset, se ideo filium exhæredare, quia fuerit ingratus, *l. omni modo 30. in princ. h. t.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & talem unam ex illis, quas ipse recensuisset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refert *l. 33. & d. l. 30. C. eod.*) ipsi liberi docere tenerentur, se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l. 5. §. 1. eod. l. liberi 28. C. eod.* Hinc duplex exorta quæstio. 1. An nullas alias ob causas quantumvis pares aut majores, quam quæ *d. Nov. 115. c. 3.* expressæ sunt, exhæredatio permittenda? 2. Utrum si exhæredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex dict. constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus? Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *l. 9. comm. 10.* Viglii *ad §. ult. sup. de exhær. lib.* aliorumque, qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exhæredationem fieri posse, verbis *d. Nov.* convenire videatur; tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justini-

niani, quem illi esse censeat; & [illegible] valet, ut contra sententiam. Etenim si, verbi gr., manus parenti filius ipse non intulerit, secundum d. N. c. 3. §. 1. sed intra ea paulus sit, cum facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilio, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidias autem, cum posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, *sec.* §. 8. at qui dicerent, suo [illegible]. Quid si torum patris violaturus sit? Quid si leno inio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhæredationis? At, inquis, odiosa est exhæredatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l. cum quidam 19. de lib. & post. l. odia 15. de reg. jur. in 6.* Immo contra vel magis odiosum, patrem cogi, ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur; de scriptura testamenti, de facto exhæredati, de voluntate exhæredantis, cum similibus, exhæredationem adjuvandam non esse; cæterum ibi θετικῶς de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus, qui quandoque incidere possunt, comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant, quæ quandoque similes erunt, *l. 10. cum 3. seqq. l. ideo 27. de leg.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales; nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc, quem diximus, modum interpretantium, *l. 11. de pœn. l. 15. de testib. l. 7. §. 2. de jurisd. l. 7. ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tul. *l. 2. jurisp. extemp. cap. 5. pag. 202.* ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio, an similis tantum, *l. 8. de [illegible] Pomp. l. 2. §. 28. & seqq. de Tertull. junct. l. ult. qui pet. tut. l. 8. de sepulcr. viol. l. 1. de alim.* Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum; sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. (2) Respondeo, ex his constitutionis verbis, *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere; nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet, quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus, quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere, quæ in d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt, quæ vel majores sunt, vel pares expressis, sed leviores dumtaxat, aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum: facit hoc *cap. 1. §. 2. vers. sed quia natura l. 2. Feud. tit. 24. quæ, ut prim. caus. ben. [illegible].* Atque hæc sententia etiam communis est, atque apud omnes recepta DD. *in auth. non licet C. de lib. præt.* Clar. §. *testamentum qu. 41. n. 2.* Gomez. *var. resol. t. 11.* Schneid. *in* [illegible] *n. 15.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 8.* Christin. *vol. 4. decis. 19. n. 5.* Grot. *lib. 2. [illegible] cap. 18.* ubi notat, in his regionibus illud quoque tempore obtinuisse, ut filia minor 20. annis [illegible] citra consensum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhæredari possit: convenit *art. 25. cap. 2. [illegible].* In altera quæstione numero [illegible] ad validitatem testamenti [illegible] exhæredationem simplicem seu tantum [illegible], & ad hoc minore requirunt qualitatem [illegible], nullus [illegible] querelæ relinquitur in [illegible] præter quam unico illo casu, cum exhæredationi aut præteritioni additum est elogium; quæ sententia fuit Joannis; relata a Glossa in *tit. 5. [illegible] tit.* probata a plerisque Interpp. *in auth. ex causa C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *testam. qu. 40.* Gomez. *d. t. cap. 11.* Covarr. [illegible] *[illegible] 16.* Wesemb. *par. [illegible]* & [illegible] late [illegible] a D. [illegible] *hac.* (3) Cæterum [illegible] pluribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam taxent, ut constitutioni Justiniani minime convenientem. Et [illegible] immerito, meo quidem judicio. Nam qui [illegible] constituunt [illegible], Imperatorem non agere de iis, quæ ad externam testamenti solemnitatem [illegible] exhæredationis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhæredatio [illegible] vel injuste facta intelligatur: at injustitia exhæredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. [illegible] ex [illegible], ut testamentum nullum sit, etiam si præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint liberi sine elogio, qui numquam in potestate fuerunt, ut posthumi exhæredati nativitate rumpatur testamentum, ut infantiam atque adeo impuberam fere omnium exhæredatio nullius momenti sit; [illegible] non [illegible] matribus, parentes liberis suis hæredes fiant. Atque ita debetur bonorum possessio contra tabulas: deleatur §. *in emancipatos 3. item* §. *sed hæc quidem 5. & §. ult. Inst. de exhær. lib.* deleantur maxima ex parte *tit. Pand. Cod. & Institut. de inoffic. testam.* item *l. ult. Cod. de lib. præter.* Quis vero credat, tot capita juris veteris a Justiniano tacite abrogata, qui numquam solet quicquam ex jure veteri mutare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abrogare constituit, & commemoratione novi? Retragerunt etiam verba *d. constitutionis. cap. 3. circa fin. & cap. 4.* ubi cum jussisset Imperator, si exhæredatio aut præteritio facta esset cum elogio, idque elogium probassent hæredes, firmum manere testamentum; sive, ut est in authentico, [illegible], subjicit, si hoc observatum non fuerit: testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis [illegible] & [illegible], quæ de iis tantum prædicari constat, quæ ab initio constiterant; & quod [illegible] tandum everti non in totum, sed quoad institutionem dumtaxat, cætera capita firma manere. Ergo in totum ab initio substitit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubie, quam querela inofficiosi, quæ una exhæredatis superedatis superat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus in querelæ judicio agitur, definitio, quæ causam novæ [illegible] dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus sine elogio exhæredatis aut præteritis, testamentum potestate [illegible] constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus; sed extraneis etiam defuncti legitimis hæredibus: quippe ad quos [illegible], liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adirent, mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit; exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit, ne his noceret exhæredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento hæredes. Postremo, ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed [illegible] atque expeditiorem ei viam facere: [illegible] rei afferre remedium, ne scilicet liberi exhæredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exhæredatio jure veteri habeat: unum hunc,

ut corrumpat internam testamenti paterni solemnitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse, etiamsi injusta sit: alterum ut exhæredatum summoveat ab hæreditate, ad quod insuper agitur, ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa a testatore expressa sit, sive aliquæ, quæ tamen non sint ex iis, quæ d. Novell. 115. cap. 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu exhæredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit, ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati. (4) Idemque erit, si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus, quorum præteritio pro exhæredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit: & falsum est, quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exhæredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æque nullum esse testamentum, ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis: necessitatem quodammodo exhæredandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non est suitas, l. 11. de lib. & posthum. l. 4. §. 2. contra tabul. Ita concludimus cum Fulgos. & Donell. in dict. auth. ex causa. Viglius ad rubr. hic. Duar. cap. 3. ad hunc tit. Cujacius ad Novell. 18. Fachin 4. controverf. 9. Vasq. lib. 2. de success. creat. §. 20. num. 162. & seqq. Perez. ad Cod. de lib. præter. n. 13. Gudel. lib. 2. de jur. noviss. c. 4. Atque ita in utraque Curia Hollandiæ judicatum refert Neostad. decis. sup. sen. 99. contra quam Curia Frisiæ apud Sand. lib. 4. tit. 2. def. 2. (5) Argumentis, quæ pro contraria sententia afferuntur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurri potest: & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci ἀντιστρέφοντα vocant, id est, quæ in ipsos auctores retorqueri possint. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi putant esse maximi: quale est, quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem, in qua actor non potest succumbere, &c. Ergo frustra est, quod posthumis aut infantibus exhæredatis, §. 2. infr. leg. si quis 33. §. 1. Codice hoc tit. item ex constitutione Justiniani leg. omnimodo 30. Codice eodem, liberis omnibus exhæredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur, quippe quam nunquam non possunt vincere. Considerare debuerant, non frustra esse, quod leges testamentum corruere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo commemoravi, incidentibus, voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum, quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo, an propterea sequitur, testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regionibus passim necessitatem exhæredandorum [illegible], si hæredes non instituantur, [illegible] [illegible] utpote quæ suorum tantum hæredum propria est, quales hæredes nos non habemus, sed præteritio non matris tantum, verum etiam patris pro exhæredatione habetur, exemplo militarium testamentorum, §. [illegible] 6. [illegible] de exhær. liber. Intelligo, ut ipso jure valeat testamentum, non quia tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione [illegible]. Nam querelam inofficiosi [illegible] omnibus [illegible], si [illegible] & contra officium pietatis exhæredatio facta proponatur. Vid. Gudelin. lib. 2. de [illegible] cap. 5. Grotius l. 2. manud. ad jurisprud. Bat. cap. 18. Christin. vol. 4. decis. 20. n. 8. Groenevv. de leg. abrog. hic.

Inductum est. Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus, quod ex interpretatione prudentum profluxit, l. 2. §. 5. de orig. jur. leg. de quibus 32. de legib. l. Gallus 29. de legib. & posthum. l. 2. de vulg. & pupill. Unde existimare licet, querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductum esse, sed moribus, aut, quod probabilius est, interpretatione consultorum. Dom. Cujacius lib. 2. observ. 21. ex lege Glicia eam deducit: sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, l. 1. hoc t. a lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competeret. Ad hæc si lex aliqua de hoc judicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde quærere, cujus prætextu testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum everteretur: quippe quod tunc vigore, & auctoritate solius legis rescindi oportuerit. Color autem iste dubium non est quin inventus atque excogitatus sit ab iis, a quibus alia id genus commenta & fictiones omnes manarunt, hoc est, a Jureconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutum esset; procul dubio mentionem illius legis fecisset Valer. Max. lib. 7. cap. 7. VINN. Adde, quæ eam in rem disputavimus in Antiquit. Roman. lib. 2. dist. tit. 5. pag. edit. novissim. Nam in priore sequuti eramus sententiam summi Cujacii. HEIN.

Ut de inofficioso agere possint. Pro eodem Jurisconsulti dicunt, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum; quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina quærelæ, actionis, accusationis: nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur, quam querelæ. (6) Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantum officii judicis nobilis ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit? Non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifeste traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hæreditatem petere, l. 8. §. quoniam 8. h. t. Scævola petitionem hæreditatis exercere, l. qui de 20. eod. Paulus leg. cum qui 22. §. ult. eod. ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem: Ulpianus vindicari facultates, l. si instituta 27. §. 3. eodem Triphonius l. penult. in fin. cont. tab. filium exhæredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis: Justinianus, hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, leg. si quis 34. Cod. eod. Unde quoque est, quod is, qui querelam moturus est, agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, l. 6. §. ult. leg. 7. l. 8. in princ. eodem, l. 2. Cod. eodem. Hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quamquam sui suis hæc possessio non est necessaria, dict. leg. 7. uti nec aditio, l. 4. de suis & legit. de quo consule Vigl. in rubr. & §. 2. hoc tit. Duar. cap. 8. ad hunc tit. Govean. 1. var. lect. cap. 5. Vasq. lib. 3. de succ. resolut. ad leg. 2. Cod. eod. Vaud. 2. qu. 24. Donell. 29. comment. cap. 3. Interpretes comm. & cum Sichard. in rub. Cod. hoc tit. n. 3. existimant, querelam esse judicium præparatorium, quo aditus pat-

patefiat ad judicium universale seu petitionem hæreditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis: atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum, scilicet querela, præcedat, alterum, petitio hæreditatis, sequatur: quod falsum est: Nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. Cod. de pet. hær.* neque duo hic judicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur, & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur, & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. *infra de actionib.* Plane etsi querela quoque petitio hæreditatis est, in multis tamen differt a petitione hæreditatis simplici, de qua post *tit. de inoffic. testam. in Pand. & Cod.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam, quibus effici videtur, querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est. Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, numquam adversus hæredem, eumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. cum seqq. de hæred.* At querela datur adversus hæredem scriptum contra fidei commissarium, *l. 1. C. h. tit.* contra præteritum, qui accipit bonorum possessionem cont. tab. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi, tamquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *leg. qui repudiantis 17. §. 1. h. tit.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede aut pro possessore possideret, ut diserte rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso relicta est hæreditas, *l. 1. C. loc. eodem.* Alterum est hujusmodi. Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento fit oportet, aut ab intestato, *l. 1. 2. & 3. de hær. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est: non ex testamento, quia datur iis, qui testamentum excludi sunt; non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat, causæ intestati non est locus, *l. quamdiu 39. de acquir. hæred.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habeantur, ac si hæreditas numquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. cum qui 21. § 2. hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas tamquam ab intestato delata ex causa inofficiosi testamenti; cum qua sententia fere vi ipsa convenit, quod Joann. Fab. & alii hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhæredatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius 13. eodem*, adeoque liberum etiam esse exhæredato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipiendi reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum explicationis. Paul. 4. *sententia* 2

Aut inique se exhæredatos, aut inique præteritos) Rursus hæc duo conjungit, exhæredare & præterire, ut paulo ante & Marcell. *l. 3. cod.* nimirum quia non exhæredatis solum, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis scilicet ab iis parentibus, quorum præteritio vim exhæredationis habet. Et igitur horum alterum, *exhæredatos*, nemo est, qui non videat ad patrem referri, alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum. (8) Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur Interpp. duo ex eo, quo auth. *ex causa Cod. de lib. præt.* generaliter & indefinite ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem; cætera namque firma manent*, colligerint, id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit, etiam jure novo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *leg. 1. leg. filio 17. de injust. rupt. cum similibus*. Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Novell. 115. cap. 3.* unde dicta *auth.* sumpta est, non aliter loqui, quam hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exhæredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exhæredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo, quod *d. Nov. c. 5.* aperte profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exhæredationis & præteritionis a liberis avertat. Jam vero injuria ea proprie est, quæ vel ex exhæredatione, vel ex præteritione infligitur, quæ vim exhæredationis habet, *l. 8. in princ. h. t. l. 3. vers. quod si fuisset circa med. C. de lib. prætor.* Præteritis a patre cum effectu non inferebatur injuria; quippe qui testamentum nullum dicebant: exhæredatis & a matre præteritis inferebatur: quæ etsi vindicabatur judicio de inofficioso, tamen si legitima portio quovis titulo relicta fuerat, quantumvis liberis obsequentissimis, injuria illa manebat. Cui rei occurrere voluit Justinianus, atque ea de causa constituit, ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam, legitimam quolibet titulo relictam esse; sed necesse esset, liberos vel hæredes institui vel exhæredari. Cæterum quia illata per exhæredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi, salvis cæteris capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigni liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni, & plerisque veterum probatam fuisse, testatur Jason. *in d. auth. ex causa n. 1.* sequitur Cujacium *in leg. filio 17. de injust. rupt.* Govean. *in l. 1. de vulg. & pupill. num. 27.* Wesemb. *ad §. 1. sup. de exhæred. lib.* disc. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. *in tit. de injust. rupt. c. 3.* Donell. *in dict. auth. num. 6. & 7.* Connan. 6. *comment.* 8. Sunt, qui interesse existimant, utrum præteritio ignoranter a patre facta sit, an scienter: illo casu totum testamentum corruere, nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia a præjudiciis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, Anton. Fab. *C. suo delib. & postb. defin.* 1. Christin. *vol. 4. decis. 9.* & probatur Dom. Tuldeno *in comment. hic cap.* 1. Cæterum vide quæ sup. *num.* 5.

h[illegible] colore quasi non sanæ mentis fuerint) *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *l. Titia* 13. *eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronunciatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. §. *pen. d. l. Titia* 13. *l. cum mater* 28. *eod.* Quæsitus autem color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim Tab. quæ liberam undequaque potestatem testandi patri concedit, *l. verbis* 120. *de verb. sign.* Maxime autem liberis hoc colore iniquitatem exhæredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia* 13. putat, colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest, qui filium ex justa causa exhæredat: præsupponit enim, non aliter querelæ locum esse. Sed utut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod prætumitur, si ab hærede non probetur. Numquid tantum causam objicere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosi hominis esse videtur? Plane dicendum hodie est, colorem istum furoris tantum prætendi ad rescindendi institutionem, quod testamenti principale est, cum cetera capita tamquam a sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *de auth. ex causa*. Ita contr. Bart. Viglius & Mynf. hic disputant. VINN. Quum ipse Vinnius fateatur, quæsitum fuisse hunc colorem, ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis duodecim Tabul. impugnari videretur: consequens omnino esse videretur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire, & exhæredes scribere: nullaque prodita erat actio, qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissime essent hæreditate exclusi. Id quum durum videretur Jurisconsultis, ea fide reperiere modum juvandi injuste exhæredatos. Quum enim furiosorum testamenta non valent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis, tamquam ab homine emoræ mentis factas; eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exhæredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit, quia nulla actio legibus prodita erat; hodie sane eo non erit opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi vere furiosus sit) Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *h. tit.* nam qui filium immerentem exhæredat, parentem qui præterit, prope a furioso abesse [illegible], eo quod non sentiat, sibi se esse injurium cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum a vero demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est, factum quippe ab eo, qui testamenti factionem non habet: ac proinde hic non intestato recte succeditur ab intestato.

Non ex hoc officio pietatis) [illegible], [illegible], &c. *sive unque degenerans naturam, exuit nomen patris*, &c. quod prope a furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes hæredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

NOTÆ.

1. *Inofficiosum accusare*) Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindi testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tamquam ab intestato, *l.* 8. §. 8. *l.* 20. *l.* 21. §. *ult. l.* 27. §. 3. *eodem*. Cujac. *par. Cod. eod.*

Etiam parentibus) *l.* 1. *eod.* quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quam liberis pie relinqui debet, *l.* 15. *eod. l.* 7. §. 1. *si tab. testamen.* Datur autem querela non patri solum, sed etiam matri *d. l.* 1. *l.* 14. *& seq. eod.* nec interest, exhæredati sint, an præteriti, dummodo injuste. Nam ex justa causa, una illarum octo quæ enumerantur, *Novell.* 115 *cap.* 4. cum esse tu exhæredari possunt, modo exhæredationi addatur elogium.

Soror & frater) Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Mos. Maimonid.

Aut agentes vincere) Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, *l.* 6. §. 1. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui liberi de inofficioso agere possint?*
2. *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur?*
3. *Contra rationem juris tam veteris, quam novi, esse videri, quid statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4. *An jure novissimo fratres una cum parentibus ad querelam admittendi, aut illi saltem prosit horum victoria?*
5. *An fratres uterini hodie cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincentibus illi quoque ad successionem ab intestato venire?*
6. *An spurii in quæstione proposita pro turpibus personis habendi?*

(1) NON *autem liberis tantum*) Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis: & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, *l.* 7. *de bon. damn.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quam in potestate constitutis, *l.* 6. *h. t. l.* 8. *in princ. cont. tab.* item qui numquam in potestate fuerunt, §. *ult. sup. de exhæred. lib.* tam adoptivis, quam ex nuptiis quæsitis; servata tamen distinctione, *l. pen. C. de adopt.* In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii *l.* 8. §. *si quis* 14. *h. t.* Datur & legitimatis per §. 2. *inst. de hæred. quæ ab int. Nov.* 89. Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam posthumis, & tam alienis, quam suis, *l.* 6. *in princ. eod.* §. *seq. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum monere, querelam competere iis liberis dumtaxat, qui jus succedendi habeant: nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti, sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, *l. si suspecta* 29. §. 1. *eod.* vid. Bert. Satic. Cath. in *rep. pen. Cod. ad sen. Orsi.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest,

potest, *l. Papinianus* 8. §. *si quis* 4. *l. si instituta* 27. §. 2. *eod. l.* 9. *l. testamentum* 24. *Cod. eod.* DD. plerique *in d. l.* 9. tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibidem*.

(2) *Liberorum parentibus*) Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter verum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet, ut bene & pie Papinianus in *l. nam etsi* 15. *h. t.* Idem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in *l.* 7. §. *unde lib.* tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contigat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi, vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miserationis exigere, ut ne parentes a luctuosa liberorum suorum hæreditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos, qui parentes suos sine causa exhæredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive fœminis *l.* 1. *l.* 14. *& seq. eod. l. cum filium* 17. *Cod. eod.*, qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent; de quo statuendum ex iis, quæ de liberis dicta sunt. Exhæredati sint parentes, an præteriti, nihil interest: nam hæc in linea descendentium & collateralium non differunt. Cæterum ut effectum habeat exhæredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis, ob quas parentes exhæredari aut præteriri permisit Justinianus, testamento inserenda. *Nov.* 116. *cap.* 4. Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantum, quæ ordine enumerantur *dict. cap.* 4. §. 1. *& seqq.* Nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ a liberis in parentes commissa pœnam merentur. (3 Illud difficultate non caret, quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideremus, sive novi Justinianæi. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum causa fuisse videtur, *arg. l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *Cod. ad SC. Tertull. l. ult. Cod. comm. de succ. princ. sup. quib. non est permis. fac. testam. vers. si vero* quibus locis ad successionem ab intestato demum post fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris postulat omnino, ut quo quisque ordine ad successionem a lege vocatur, eodem ordine admittatur ad querelam, per quam res ad causam intestati redigitur; quo enim quisque potiore juris est in causa successionis, eo majorem exhæredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium, cum patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quod tam absurdum est, quam si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fratre hæreditatem consequi, ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *dict. princ. vers. si vero sup. quib. non est permis. fac. testam.* Ego non dubito, quin a posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus, quæ inde consecuta esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure, quod in Pand. relatum est, quæratur, filiusfam. hæredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant, (alia autem quam castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset, id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit, *l. ult. Cod. hoc tit.* Cæterum sustulit *Novell.* 15. *cap.* 4. *in princ.* ut verba illa, *in quibus habent testandi licentiam*, manifeste ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia a me copiosius tractata sunt sub §. *ult. infr. de legat. agnat. succ.* Mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. *infr. ad SC. Tertull.* Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio. Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hæreditatem, *Novell.* 118. *cap.* 2. dicendum videtur, etiam simul eos cum parentibus admitti ad querelam: aut si hoc minus placet, dicam, fratres saltem admittendos parente repudiante, utque si turpis persona instituta sit: quippe cum tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut est, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio, cur rescisso testamento, & re ad caussam intestati defuncta, fratres excludantur. Et ita quoque sentiant Joann. Fab. Aug. Baro & Mynsing. *hic*, licet aliud Viglio & Dom. Tuldeno *ad tit. de hæred. quæ ab int. cap.* 6. videatur, parentibus, hoc pacto fraudem legi fieri. sed falso, cum maxime sit ex sententiam legis ut fratres una cum parentibus ab intestato succedant, *dict. Novell.* 118. *cap.* 2. Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, *leg. cum hæreditate* 55. *de acquir. hæred. l.* 10. §. *ult. cont. tab. l.* 3. *in fin. quæ res pign. dar. l.* 10. *quemadm. serv. am. l.* 5. §. 2. *ad SC. Tertull.* Apud nos iis demum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo *sub dict. tit. de hæred. quæ ab int.* add. Dist. Coren. *observ.* 10. *n.* 8. *& seq.*

Soror autem & frater) *l.* 1. *hoc tit. l. fratris* 21. *Cod. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei, sive ὁμοπάτριοι; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l. fratres* 7. *Codice eodem*. Hodie vero cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincentibus illis, simul ad successionem intestati veniant.

Turpibus personis) *dict. leg. fratres* 27. *Cod. hoc tit. l.* 5. *Cod. Theodos. eod.* Itaque fratribus querela datur, non simpliciter ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredes. Cum autem turpis persona definiatur a Constantino, *quam vel turpitudinis, vel infamiæ, vel levis notæ macula aspergitur*, *d. l. fratres* quæsitum est de spuriis; num & illi talium personarum numero habendi? Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palæor. *tract. de nothis spuriisq. lib. cap.* 55. *& seq.* Hartm. Pistor. *lib.* 1. *qu.* 30. *num.*

num. 26. & seq. Dom. Tulden. in cap. 3. quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen paternum nullam maculam filio infligere potest*, leg. crimen 20. d. [illegible] *natalitatem*, *qua* [illegible] *aut culpa* [illegible] *potest*, *pœnæ esse non debere* [illegible] *homines* [illegible], *si parentum* [illegible] *honestos esse*. Augustin. cap. [illegible] num. 16. Cæterum utut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriis adhæreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna inflicta; sed ex vitio & defectu natalium contracta; unde [illegible] opprobria per omnem vitam constantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plutarch. [illegible] vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgivaga Venere, & improbata gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter disserit vir doctissimus Arnisæus *lib. 2. de republ. cap. 2. sect. 3.* Illud equidem minime concedo, quod Covarruv. 2. *de spons.* 8. n. 11. Card. Tusc. *concl.* 454. num. 17. statuunt, meretricem, quæ postea nupsit, pro persona infami habendam non esse, propterea quod præcedens dedecus purgetur matrimonio. Non enim abolentur turpitudo, quæ postea intermittitur, leg. 43. §. 4. *de ritu nupt.* utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitiæ; at excludantur a fratre, qui vel levis notæ macula adspergantur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus sæculi tribunalibus, *leg. 65. de furt. l. 5. vi bon. rapt.* Utut autem turpis persona instituta sit; non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus, laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, *arg. leg. 11. Cod. hoc tit. leg. cum mulier*, 47. *sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expressis *Novel.* 22. *cap.* 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiamsi a testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est, Gailius *de* [illegible] *2. cap.* 8. VINN. At spurios tamen haud intelligi in *leg.* 27. *Cod. hoc tit.* singulari dissertatione *de levis notæ macula* demonstrari a nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores &c.) Cognatos, qui sunt ultra fratres, Ulpianus, in *leg.* 1. *hoc tit.* hortatur, ne se [illegible] quod in lite de inofficioso [illegible] non habeant. Ex quo explicandum est, quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Diocletianus & Maximianus rescribunt, *in leg. fratres*, 21. *Cod. eod.* neminem eorum qui ex transversa linea veniunt, [illegible] fratre & sorore, ad inofficiosi querelam admitti, [illegible] non admitti, agere ut agentes vincere, [illegible] testamentum evertere non posse, si exceptio iis objiciatur non competentis querelæ. [illegible] enim si [illegible] & [illegible] testamentum [illegible], [illegible] *leg.* 6. §. 1. *eod.* [illegible] quam [illegible] constitutione Justiniani, *Nov.* [illegible] *cap.* [illegible] ad [illegible] admittit fratrem demonstratum [illegible] autem [illegible] quod de [illegible] dictum est. VINN. [illegible] ex [illegible] videtur, [illegible] est. Jure

enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam instituisse, clarissime patet ex Val. Max. *lib. 7. cap. 5.* Conf. *Antiq. n. jur. Rom. hoc tit. §. 7.* HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad bona defuncti venire possint. Nam qui ad hæreditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt. Posthumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

NOTÆ.

2. *Naturales liberi*) Id est, justis nuptiis quæsiti: *v. supr. de adopt. in princ.* quibus exæquati & qui postea facti legitimi. *Nov.* 82. Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, *leg.* 29. §. 1. *eod.*

Nostræ constitutionis divisionem) Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est *l. pen. C. de adopt.*

Alio jure veniunt) Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, *l.* 8. §. 15. *hoc tit.* nec sui nec emancipati præteriti a patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tabulas *supr. de exhær. lib.* quam ob causam querela dicitur ultimum adjutorium, *l. ult. C. de hæred.* [illegible]. Theoph.

Posthumi qui nullo alio jure) Ac proinde non aliter quam si sint exhæredati, nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, *l. 1. §. 1. l. 3. princ. contr. tab. §. 1. 2. & 6. sup. de exhær. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, *l. 6. hoc titul.*

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeant, quod qui alio jure venire possunt, ad querelam non admittantur?*
2. *Cur parenti manumissori querela detur, cum contra tabulas petere possit?*
3. *Quando posthumis querela necessaria: & num idem* [illegible]

Secundum nostræ constitutionis divisionem) Intelligit constitutionem, quæ extat in *l. pen. Cod. de adopt.* cujus etiam in hisce libris mentio, §. 1. *supr. de adopt.* §. [illegible] *supr. de exhæred. lib.* §. 1. *tit. proæd. l.* §. *sed ea*, 14. *infr. de hær. qua ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos dumtaxat liberos a patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sint personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis, per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *leg.* 1. §. 2. *liberos*, 6. *unde lib. lib.* 1. §. 2. *de bon.* & *legit. supr. de adopt. in princ.* §. 1. *infr. de hær. quæ ab int.* quanquam matris testamentum etiam

naturales illegitimi, aliique spurii, inofficiosum dicunt, *l. 9. si spurio*, 28. §. 1. *h. t.*

(1) *Qui ad hæreditatem, &c. alio jure veniunt, de inofficioso agere non possunt.* Hoc, credibile est, introductum esse, ut quoad fieri posset, salvo jure exhæredati aut præteriti existimationi testantium parceretur, quos querela, dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec pie fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. in causæ*, 16. *de min.* Proinde qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicet; nisi forte justa causa sit dubitandi; an alio remedio æque cautum sit agenti; tunc enim exigere licet *l. 8. §. si quis*, 12. *h. t.* fac. *l. 7. §. 4. de dolo*, & si quis, ex. gr. nullam dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l. contra*, 16. *& ibi* Sichard. *Cod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, *l. si ponas*, 23. *cod.* In summa de inofficioso agere non potest, nisi qui omni alio auxilio tum civili, tum prætorio destitutus est, quam ob causam querela inofficiosi ultimum dicitur adjutorium *l. ult. versi nam cum ult. C. de lib. præt.* ἔσχατον βοήθημα. Theoph. (2) Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum bonorum filii possessionem contra tabulas petere possit? *t. si a patr. quis man.* In promptu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tamquam patri, sed tamquam manumissori & patrono: nam emancipatus a parente in ea causa est, ut is contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l. 1. in pr. h. t.* Ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longe diversa est illa bonorum contra tabulas possessio ab ea, a qua excluduntur exhæredati, & similes exhæredatis, præteriti, *l. 8. in pr. contr. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantum ad liberos a patre præteritos & maxime emancipatos, *l. 1. & pass. h. t.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, neque æque plenum, ac querela: cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem illa possessio constitutæ tantum parti plerumque detur, *l. 3. si par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit pater, ut disputat Jurisconsultus *dict. l. 1. §. ult. eod.* & translatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est, atque expeditius. Plane qui de inofficioso acturi erant, accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam, quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hæreditatem petere viderentur, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in princ. h. t.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat; neque enim ideo scriptis hæredibus bonorum possessio auferebatur, *l. 2. C. h. t.* cujus rei etiam supra meminimus *ad §. pr. hujus h. t.*

(3) *Posthumi quoque, qui nullo alio jure.* Constat, jure veteri liberos omnes exhæredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili, nec prætorio testamenta parentum turbarent, tantumque tantum illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *leg. 8. in princ. contr. tab.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent: sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exhæredato valebat testamentum, necessariaque erat exhæredato inofficiosi querela: quod jus a Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis*, 33. §. 1. *C. h. t.* Posthumo non tantum exhæredato, verum etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exhæredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus quam cæteris liberis exhæredatis querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l. omnimodo*, 30. §. 1. *C. eod.* & *hoc nostro §.* Pro exhæredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ a matre aut avo materno facta est, § *ult. supr. t. exhær. lib.* Cæterum non perstitisse in eo jure Imperatorem, cumque hoc abrogasse, *Nov.* 115. *c.* 3. plerisque Interpretum nostrorum visum fuit: qui sic ratiocinantur: si ex *d. Novell.* testamentum ipso jure nullum est: cum liberi, in quos cadere potest ingratitudo, exhæredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis, multo magis ubi nulla esse potest exhæredationis causa, ut in infante & posthumo testamentum his exhæredatis nullum erit, agnatione posthumi rumpetur, ac proinde cum alio jure ex *dict. Novell.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi vero contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani plane adversari. Jubet quidem Justinianus, liberos exhæredari justis de causis, easque adscribi; cæterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit, rescindatur, ne exhæredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea prosit: quod futurum est, si testamentum non rescindi, sed nullum esse dicimus. Quamobrem statuimus etiam post *d. Nov.* dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exhæredati secundum formam juris veteris, quamvis nulla sit causa exhæredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exhæredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum *ad princ. hujus tit.*

T E X T U S.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

5. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hæreditatis, vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

N O T Æ.

3. *Nostra constitutio ad verecundiam naturæ.*) Ipsorum parentum gratia: nam cujus testamentum inofficiosum dicitur, ejus opinio læditur & pudor sugillatur, dum insimulatur dementiæ. Plin. 5. *Ep.* 1. constitutio est, *leg.* 30. *C. hoc tit.*

Quod deest repleatur.) Conditione ex *dict. leg.* 30. quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Conductio illa perpetua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l. 8. §. ult. & leg. seq. eod. l.* 34. *Cod. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *leg. 6. §. ultim.* cum 1. *leg. seqq. eod.* illam excludit agnitio relicti hanc non item.

Licet

Licet ei non fuerit adjectum) Quod adjici olim ad excludendam querelam necessarium, *leg.25.eod. l.4. §. Theod. cod.* Alioqui etiam hæres in minore parte insti[illegible]us queri poterat, *l.3. C.eod.* excepto quod fratribus [illegible]currentibus adjectis quartæ petebat supplectionem. Paul. [illegible] 4.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Justiniani?*
2 *Auctio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat?*
3 *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli?*
4 *Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur? & quibus rebus ea actio differat a querela inofficiosi?*

IN hoc loco explicando multum operæ VVesembecius posuit: alii, ut Viglius, Mynsing. Hotom. leviter tantum eum perstrinxerunt. Difficilem sane reddit crebra juris mutatio. (1) Veteris juris auctores putarunt, testamentum, in quo debita legibus portio, iis qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem facto habendum non esse. Cæterum ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, sive in hæreditate, sive in legato aut fideicommisso, *l.8. §. quis, 6. & §.8.h.t.* Si minus relictum esset, querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnitione aut quavis ratione comprobassent, *d.l.8.§. conditioni, 10. leg.si pars, 10.§.ult. l.nihil, 12. l.filius, 22. l. pen. §.3. & 3. leg. ult. eod.* Plane si expresse in hoc aliquid datum fuisset, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l. si non mortis, 25.eod.* Paulus quoque *lib. 4. sent. 5.* scribit, filium ex minore parte institutum, cui fratres cohæredes dati sint, jure desiderare, ut portio debita suppleatur citra inofficiosi querelam, unde simul apparet, adjectis extraneis secus fuisset. facit. *l.3.C.h.t.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset; ut si minus relictum esset, suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id [illegible] boni viri arbitratu hæredem supplere debuisse, *l.4.C. l.[illegible] eod.* Illud igitur hic apprime notandum, [illegible], ut non tam ipsa exhæredatio aut præteritio querelæ [illegible] locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exhæredationem aut præteritionem ademptio; atque hinc [illegible], ut & is, cui exhæredato pars [illegible] relicta esset, a querela repelleretur, & is, qui [illegible] parte, quam quæ legitimam [illegible], hæres institutus esset, datis cohæredibus, [illegible] ad querelam, ut perspicue probat dictus locus Pauli & Ulpiani quoque in *d.l.8.§.quarta, 9,* quod quia in principio [illegible] est, hic [illegible] Videamus [illegible], quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, [illegible] hic meminit, & quæ extat in [illegible] [illegible] cetera jure [illegible] servari expresse [illegible], id est, querelam inofficiosi [illegible] habere, cum nihil exhæredatis aut præteritis testamento relictum est, *§.1 d.l. [illegible] & l.seq.* At si ei, qui queri poterat, aliquid [illegible] sit, vel in hæreditate, vel in [illegible], id satis Imperatori [illegible] querelam [illegible] dumque [illegible] id, quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit, ut boni viri arbitratu suppleretur, *d.l. omnimodo in princ.* quod etiam repetit *l. [illegible], 31. & aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque, se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde VVesembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnum exhæredatis licere, nec dictam constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quæstionem, *l. si quando, 35. & 3. C. eod.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exhæredationem ademptio, quam ipsa exhæredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exhæredati, conqueri non prohibeantur. *Nov. 115. cap. 4. & 5.* De quo accuratius sub §. *ult. infr. eod.*

Ad verecundiam naturæ) Ne scilicet temere atque irreverenter liberi prosiliant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi; tamquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu futuri, *d.l. omnimodo in princ. C.h.t.* Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certe opinio læditur, & pudor sugillatur. Plin. 5. *epist.* 1. Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque institutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis quibus exhæredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competit: sed iis solum, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in re alia *d. l. omnimodo & l. seq. C. eod.* Nemo vero putet, si testator filio, quem in potestate habet, aut habuit, præterito, quartam partem, verbi causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere: nam ad ea tantum patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitime exhæredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possunt, quam subsidiario querelæ, §. 2. *præc.*

Ad quartam legitimæ partis) Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successionis ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. [illegible] tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur, item debita portio & debitum bonorum subsidium, *l.8. §. unde 11. h. t. leg. 6. C. de inoff.don.* Græcis τὸ νόμιμον [illegible]. (2) Atque adeo hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus, quam dixi; portionis, scilicet quæ ad eum, qui queritur, perventura fuisset, si paterfam. intestatus decessisset, *leg. 8. §. si quis mortis, 6. eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus

sit,

sit, non liquet. Justinianus quantitatem auxit in liberis, proque quarta substituit tertiam, in liberis pluribus quatuor etiam semiuem. Nov. 18. quod argumentum etiam ad parentum legitimam ratione trientis pertinere statuunt communiter DD. hic & in *auth. novissima*, *C. h. t.* Grass. §. *legitima q. 9.* & Magister apud Harmen. *lib. 5. tit. 9.* §. 14. Nonnulli etiam ad fratres eorum incrementum proportionaliter porrigunt, quos sequitur Fa bin. 4. *contr.* 28. quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut rationi constituentis mentive conveniet neque temere, admittenda videtur extensio; cum utique major sit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus, quibus clauditur *c. 1. d. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paterna, tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte significat, & bene observavit Vaudus *lib. 1. var. qu.* 50. (3) Usus tamen augmentum admisit in parentibus. Porro hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli? Vulgo sic censet, liberorum & parentum legitimam mutari tantum posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, & fratribus ex sola dispositione juris civilis. Mynsing. *observ.* 43. & 6. *obs.* 44. Gail. 2. *obs.* 222. Covarr. in 4. *decret. p.* 2. *c.* 8. §. 6. *n.* 5. Grass. §. *legitima q.* 2. Chifflet. *de port. leg. c.* 3. Schneid. *thien.* 10. Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima proprie & formaliter dicitur, nempe certe illa & definita quantitas, cum sit ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri, ut nomine legitimæ non amplius talis portio, sed alia veniat: ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive, quod res ipsa ostendit, cum legitimam ajunt humanis legibus tolli non posse, id sic capiendum est, quatenus in legitima insunt alimenta necessaria. Nam utique quod supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exæquant. Tota igitur disputatio & quæstio huc redit, an lege civili effici possit, ut ne liberi parentibus, parentes liberis, fratres fratribus succedant; idque duobus modis intelligi potest: primo, num effici possit, ut non succedant omnino, id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit; secundo, an posito, quod ab intestato succedat, a successione ista excludi possit per exhæredationem, aut præteritionem. In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicue palam est, liberis naturæ lege parentum deberi hæreditatem. *Ratio naturalis*, inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando*, *l. 7. de bon. damn.* Cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hæreditatem ut sibi debitam, ὡς ὀφειλομένην, expectare. *Sanguinis honorem relinquit*, ait Val. Maximus de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam hæredem scripserat *l.* 5. *c.* 9. Papinianus in *l. 7. in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hæreditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*; id est, liberos sequi hæreditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes credantur id velle, ut liberis quam optime prospectum sit; nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis, sed & de his, quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinet, quam ubertime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter a successione parentum excludantur. Cæterum non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi fœminis, agnati liberi emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis, quæ præcise natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, *d. l. 7. in fin. unde lib.* 15. *in princ. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertullianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad Senatusc. Tertull.* Et apud nos in parte Hollandiæ australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur a successione liberorum a cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit: qua de re uberius agemus *infr. lib. 3. tit. 1. & 3. seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint, neque necesse esse, his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. Mynsing. 6. *obs.* 44. asserit, parentem legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali, ut lege humana tolli nequeat Liberorum vero legitima civili lege in totum tolli nequit, hoc est, jus civile efficere non potest, ut liceat parentibus liberos suos sine justa causa a tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis quasi debitam, & quidem præcise ratione alimentorum, eos vocat, *argum. d. leg. 7. de bon. damn.* junct. *l. 7. de injust. & jur.* ad Orvva d. Hiling. *in lib.* 10. *comment.* Donell. *cap.* 4. *& ibi alleg.* Paul. Busi. *ad l.* 8. §. *si quis mortis*, *n.* 1. *& seqq. eod. tit.* Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 7. *n.* 4. *& seqq.*

(4) *Repleatur*) Qua vero actione repletio ejus quod deest petatur, utrum actione ex testamento, an aliqua alia, puta petitione hæreditatis aut judicio familiæ erciscundæ, aut potius condictione ex lege Justiniani? Et siquidem filium ponimus exhæredatum, adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hæreditatis huic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tamquam legatum peti, maxime si testator id suppleri jusserit: quamquam, etsi nihil dixerit, idem probari potest; quasi id potius voluerit, quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus. §. *ultim. infr. eod.* hic si ex parte aliqua hæ-

reducatur institutus sit, poterit & petitione hæreditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia nihilominus pro parte hæres est. Ita institutus sit in re certa, quia eodem loco est atque eius nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hæreditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantum actioni ex testamento; quoniam qui certæ rei hæres scriptus est, dato cohærede, legatarii loco habetur, l. 13. C. de hæred. instit. Cæterum dicendum eris omnis tollendæ causa, tutius tortasse erit admittere condictionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso, differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hæreditate computandi extinguitur, l. 8. §. ult. & leg. seq. h. t. l. 16. l. si quis, 34. l. pen. §. 2. C. eod. Hæc actio sive condictio ex lege, ut tales omnis, perpetua est, id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam, l. 3. C. de præscr. 30. ann. dec. 3. Cur. Helianu. Altera quod querela, quippe quæ instar est actionis injuriarum, l. 7. in princ. h. t. excepto casu d. l. si quis, 34. C. eod. in hæredem non transmittitur nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnovit, quod sibi testamento relictum est, querelæ renuntiasse intelligitur, leg. 10. leg. 12. in princ. eod. non autem huic actioni ad supplementum, l. 2. si quando §. 2. C. de inoff. testam. Primam differentiam non admisit Bartholus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus Vigilio, Schneideving. Wesemb. Eic. Gail. lib. 2. observ. 120.

T E X T U S.

Si tutor, cui nihil a patre relictum, pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit; cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.*

N O T Æ.

4. *Si tutor, &c. legatum acceperit,* Repellitur ab inofficiosi querela, qui exhæredatus legatum ex testamento petierit, aut petenti advocationem præbuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. ult. eod. l. 8. §. 1. C. eod. l. Tutorem autem necessitas officii excusare debet, qui id nomine alii administravit, d. l. 10. §. 1. l. 22. de his quæ ut indign.

T E X T U S.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. *Sed si e contrario, pupilli nomine, cui relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est, ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.*

N O T Æ·

5. *Sed si e contrario.* Qui voluntatem, defuncti sive suo sive alieno nomine dicit inofficiosam legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim judicium defuncti, leg. 5. §. 14. hoc tit. Sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusat l. 30. §. 1. eod. Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur judicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, lex 24. de his quæ ut ind.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*
2. *Hæc effecta ad eos non pertinere, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*
3. *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

QUi judicium defuncti agnoscit, puta, hoc sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur, & querelæ renunciare, l. 8. §. si conditioni, 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. si pœnas, 23. §. 1. leg. pen. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit. leg. 8. §. 1. C. eod. l. 5. in princ. de his quæ ut indign. Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id fisco vindicatur, quasi indigno ablatum, d. l. meminisse, 14. Nec interest, utrum quis nomine proprio judicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, velut si advocationem præbuerit, d. l. ult. in princ. Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocationem accusatori liberti præstitit, non repellatur a bonorum possessione liberti; leg. qui cum, 14. §. si patroni, 9. de bon. libert. Nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberi ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint. (1) Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus dicto loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accusat. Legatum vero amittit advocatus exhæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare judicium defuncti, quod satis esse visum est ad amissionem legati advocato relicti ab eo, quem tutoris arguit. Cur vero non similiter placeat, eum, qui legatum accepit, non admitti ad arguendum testamentum falsum, aut non jure factum, & qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellatur ab eo quod meruit; leg. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign. Hanc rationem reddit Papinian. leg. si testamentum, 24. eod tit. quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat, aut accusat judicium. VINN. Sed hæc recte intelligenda. Qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, an scilicet ea sint observata solemnia, quæ jus exigit, non autem impugnat judicium, eo colore, quod testator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum, quemadmodum ille, qui inofficiosi instituit querelam. 2 HEIN. Quod si quis ex necessitate officii, ea quæ diximus, fecerit nomine alieno, excusatus est. Exemplum hoc §. proponitur in tutore: sed ad omnes hoc pertinet, qui ex officio alios defendere, aut egentes consilio & opera subjuvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum, cui clientis causam agere publice impositum, arg. d. l. 5. §. advocatum, 23. de his quæ ut indign. Sive igitur tutor, cum ipse exhæredatus esset a patre, legatum petierit an perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, sive a contrario pupilli exhæredati nomine de inofficioso egerit, & victus sit, neque hoc casu, quod ad se

atti-

attinet testamentum improbasse, neque illo probasse intelligitur, sed hæc fecisse ex necessitate officii & fide, quæ excusata esse debet: ac proinde illo casu non prohiberi suo nomine de inofficioso agere; hoc casu legatum sibi relictum petere, *l. adversus*, 30. §. 1. *h. tit. l. tutorem*, 22. *de his, quæ ut indign.* Similis priori casus est in *leg. tum quædam*, 26. *C. de adm. tut.* Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse, ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est. Quod miror neminem interpretum hoc loco adnotasse. Olim quacumque in re judicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, sive id tamquam sibi legatum exhæredatus peteret, sive relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, sibi relictum a legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus *supra alleg.* Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo, conducendove, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede acceperit: (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, *l.* 8. §. *si conditioni*, vo. *l. si pœnas*, 23. §. 1. *hoc tit.*) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus juris vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, *leg. omnimodo*, 30. *cum s. q. Codice eod.* Itaque jam non agnitio legati, sed ipsum legatum querelam excludebat. Novissimo autem jure ad excludendos a querela liberos & parentes iterum agnitio legati desiderari cœpit, si nihil iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum, *Novell.* 115. *cap.* 5. D. Tuldenus *hic cap.* 1. & 6. Ut igitur semel complectar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observatur. Primum hoc est. Olim si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso, agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minime excludebat non tantum querelam, sed omnem etiam petitionem reliqui: hodie ita querelam excludit, ut salva maneat ejus, quod legitimæ deest, petitio: nisi agnoscens profiteatur, se relicto contentum, de reliquo quæstionem remittere, *leg. si quando*, 35. §. *penult. & ultim. Cod. eod.* Postremum est. Olim qui rogatus erat legatum alteri restituere, non prohibebatur eo agnito & restituto de inofficioso queri: hodie quiescente querela, id onus subducitur, proinde quasi ad modum legitimæ nec restituere jussus sit, *l.* 10. *in fin. hoc. tit.* junct. *leg. quoniam*, 32. *Cod. eod.* Quod si quis in eo, quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocationem præstando, aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, *l. pen.* §. 3. *leg. ultim. in princ.* & §. 1. *hoc tit.* junct. *leg.* 9. *de testam. tut. leg. eam quam*, 14. *C. de fid. comm.* Verum commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere, *auth. ex caus. C. de lib. præt.* Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, *arg. l.* 10. *C. de probat.* ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato judicium agnovit, de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Donell. 19. *comm.* 6.

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut ea pro rata eis distribuatur, id est, pro virili portione quarta.

NOTÆ.

6. *Quartam quis debet habere*) Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quartæ debitæ ab intestato portionis, *l.* 8. §. 8. *eod.* Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente: in liberis, pluribus, quam quatuor, semisse, *Nov.* 18. qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. *lib.* 15. *tit.* 9. §. 14. Theodorus Diaconus auctam καὶ ἐπὶ ἀδελφῶν, *arg. c.* 2. *d. Nov.* 18.

Sive jure legati, &c.) Novissimo autem jure, ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit, necesse est ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis, *Nov.* 115. *cap.* 3. 4. 5. Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad *leg.* 8. *hoc tit.* Sufficit autem vel in particula aliqua illis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, *d.* §. 1.

Iis tantummodo casibus) Cuj. huc trahit duos casus, *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione. Constitutio est *l.* 30. *C. h. tit.*

In nostris constitutionibus) Non extant. Et forte nostris irrepticium est, fac. *l.* 17. *C. de collat.* junct. *l.* 29. *C. h. tit.* quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta) Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum, *Nov.* 18. Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciæ: si sex, uncia.

COMMENTARIUS.

1 *Refellitur insignis quorumdam error.*
2 *Jure Digest. & C. querelæ locum non patuisse, legitima quocumque titulo relicta.*
3 *Jus novum a veteri discrepare in casu, quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione, ut in quartam habeatur.*
4 *Jure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam; & quomodo hoc accipiendum?*

5. *Quid*

Quid intersit, [illegible] legitima relinquatur, an quo alio?

INsignis [illegible] eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo [illegible] de inofficioso, nec alio jure ad bona [illegible] potuisse. Quid enim [illegible], quam præteritio [illegible], qui erat in potestate, testamentum ipso jure [illegible]; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habeo[illegible], testamentum[illegible] nullum erat, aut per bonorum possessionem everti poterat, quod [illegible] debitæ portionis, aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filius præteritus esset, necne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exhæredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. *eadem*, 22. *inst. de her. qua[illegible]*. Itaque quod Ulpian. *[illegible]* in *leg.* 8. *si quis*, 6. *h. tit.* secure eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non hic accipiendum est, [illegible] patrem isto casu secure filium præterire, sed posse secure exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos, quibus jure civili et præterito a patris hæreditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios respectu patris, quam qui legitime exhæredati sunt: matris enim & per matrem adscendentium præteritio pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c. In explicatione hujus tituli ex[illegible] esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri, liberis exhæredatis aut præteritis, non [illegible] ideo querela [illegible], quia exhæredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius [illegible] iniquitas, ita [illegible] querela, manebat etiam exhæredatio & firmum testamentum. [illegible]

supr. de donat. §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui [illegible]

[illegible]

gis ad obsequia paterna provocandi, quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujac. putat, intelligi, *l. penult.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit, ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat; si ea lege a patre facta sit, ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias, quam unus e liberis accepit: ex quo colligit Cujacius, donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque e diametro pugnat cum *d. leg. si quando*, 35. §. 1. *Cod. h. tit.* Ac tametsi verum est, omnia, quæ in quartam imputantur, in collationem venire: non idcirco tamen e converso quæcumque veniunt in collationem, computantur in quartam, quod perspicue ostendit *d. l. pen. in princ. C. de col.* ut adeo ead. l. quam Cujacius adducit refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exhæredati exclusio a querela: quam ob causam Justinianus expresse [illegible] per donationem inter vivos, licet ea conditione factam ut in quartam computaretur, filium a querela excludi, nisi judicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando*, 35. §. 1. & 2. *Cod. h. tit.*

Vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus) Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt: in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio, quæ huc pertineat: nisi dicimus, verbum *nostris* irrepticium esse & delendum. Sane Cujac. & Hotomann. id non agnoscunt, & a plurimis libris abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quinam ergo isti modi sunt præter legatum, fideicommissum, & donationem mortis causa, quibus liberi quarta a parentibus accepta constitutionibus a querela repelluntur? Dos & donatio propter nuptias, quam utramque cum Leo conferri a liberis jussisset, *l. ut liberis*, 17. *C. de coll.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l. quoniam*, 29. *C. h. t.* Novissimo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex Nov. 115. c. 3. & 4. non sufficit ad excludendos a querela liberos & parentes, legitimam eis quovis titulo relictam esse: sed ut testamento ab omni oppugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis; ut jam non tam quæratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut juste a successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exhæredes facere, nec si quovis titulo particulari eis reliquerint [illegible] debitam portionem. Deinde ex [illegible] Nov. ubi testatur, hanc suæ serenitatis intentionem esse, ut a liberis & parentibus injuriam exhæredationis & præteritionis auferat. Atqui non auferetur ista injuria: sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos, & parentes exhæredare aut præterire, etiam si eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur, aut meritis de causis exhæredentur: unde DD. vulgo aiunt, legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Cujac. §. *testamentum quæst.* 38. Græv. §. *[illegible]*, *quæst.* 32. At enim [illegible] non est, ut [illegible] in universum [illegible] hæredes [illegible] aliqua [illegible] ex [illegible] certis hæredes nuncupatos [illegible], aut institutos [illegible], jussosque certis rebus esse contentos, quibus casibus, eo minus relictam portione legitimam.

ma, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *dict. c. 5. l. omnimodo 30. cum seq. C. h. tit.* cum contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut supr. notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus a scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est, dat aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est, certis rebus deductis, hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hæreditarias aut exercet, aut excipit, *l. 13. Cod. de hæred. inst.* §. *si quis 9. instr. de fideicomm. hæred.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituatur addito vero hærede, nec magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit: falso Justinianus sais existimat, injuriam præteritionis aut exhæredationis tolli; si modo hæres qui nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis, cogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non sit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa *in leg. si quis priores 29. ad Treb.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si revera splendidiore ac latiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditarii licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse, aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est, satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esse, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum: quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum Sichard. post Bart. Jason. & DD. *in leg. 13. Cod. de hæred. inst.* eum, qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hæredem & legatarium: unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit: quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset; licet aliud videatur Ant. Fab. *decis. 15. err. 5.* D. Corn. Svanenb. *tractat. de jur. acerb. cap. 8.* Bartolus *dict. loc.* ait, in re certa institutum, rei istius respectu, pro legatario censeri, respectu personæ ipsius, pro hærede; quod satis Justiniano visum ad eum excludendum a querela. Vid. Sichard. *d. leg. n. 3.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. cap. 7. dict. decis. 7. cur. Holland.* Grass. §. *hæreditas quæst. 8. num. 3.* Decker. *lib. 1. dissert. 8. num. 21.* Christ. *vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170.* Bachov. *vol. 2. disp. 12. thes. 1.*

(*Et ea pro rata distribuatur*) Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias: si duo, singuli sescunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent, *l. 8. si quis 6. & §. quoniam 8. h. tit.* Jure autem novissimo ex *Nov. 18. c. 1.* si unus sit filius, is tertiam totorum bonorum partem habere debet, id est, uncias quatuor, si duo, singuli uncias duas: & si ita deinceps ut virilis singulorum portio sit triens illius partis, quam ab intestato habituri fuerant. Si vero plures sint liberi, quam quatuor, semis omnibus relinquendus, id est, dimidia ejus partis, quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE HÆREDUM QUALITATE, ET DIFFERENTIA.

Dig. Lib. 29. Tit. 11. Cod. Lib. 6. Tit. 31.

Continuatio, & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio recte factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem: quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis constare diximus, sub §. *ult. supr. per quas pers. cui acquir.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ, atque ex testamento; tamen cum differuisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat; alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterius cognitio a priori dependet. Nam cum varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem recte primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

T E X T U S.

Divisio hæredum.

Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

COMMENTARIUS.

1. *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc hæredum divisio ex duabus bimembribus conflata est, more nostris usitatos. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *argum. l. 12. de condit. inst. l. 15. & seq. de acquir. hæred. l. 3. §. 3. de hær. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum 49. § de hær inst. l. 6. in princ. de in inst. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. §. cum autem 7. inst. de hæred. quæ ab init. §. posthumo 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili; nam Prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios, dato beneficio ab-

ebimenti, §. 2. *inf. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus tales cum servili illa qualitate: quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominici finibus, apud nos, ut sæpe dictum est, incogniti. Non suos, quia sine fictione dominii rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, suitas intelligi non potest; cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

T E X T U S.

De hæredibus necessariis.

1. *Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoque sic appellatur, quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus, quas sibi acquisierit, non veneunt.*

N O T Æ.

1. *Pro hoc tamen incommodo*) Pro aspersione hujus notæ, quod bona ipsius nomine a creditoribus possideantur, vel distrahantur.

Illud ei commodum præstatur) Μισθὸς τοιαύτης ὕβρεως merces hujus injuriæ. Theoph.

Ex ea causa res ejus) Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisivit*, & ita quoque Theoph. VINN. Sed nihil tamen mutandum. Ostendit enim Justinianus se eum factum hæredem necessarium, melioris esse conditionis quam eum, qui bonis cessit, *non posse* enim *ex ea causa res ejus qui sibi* postea aliunde *acquisivit*, venire, quod fieri potest, si qui bonis cessit, ad meliorem fortunam pervenerit, salvo licet beneficio competentiæ, *l. 4. d. 6. l. 7. ff. de cess. bon.* HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

NEcessarius hæres est servus, &c. Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredem necessarium facere, quem licebat occidere: *argument. leg. in suis 11. de lib. & posthum.* Non ait, institutus cum libertate, quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valeret institutio, sed simpliciter institutus, quia etiam omissa datione libertatis a domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. Cod. de nec. serv. hær. inst.* §. 2. *sup. qui ex quib. caus. man. & sup. de hær. inst. in prin.* Necessarius igitur necessarius hæres est servus a domino hæres institutus; sed, scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si a vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominum adeundo hæreditatem facit, §. 1. *sup. de hær. inst.*

Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus &c. Hæc verba textus evidentissime ostendunt, non ideo servum hæredem dici necessarium, quod non ei imponitur necessitas adeundi; sed quia protinus, idest, statim a morte testatoris, hæres fit, solaque Juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligatur, perinde ac sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l. furiosus 63. de acquir. hær.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *leg. necessariis 57. in fin. dict. titul.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri; quod significat Jurisconsultus *in l. 6. §. ult. de hær. inst.* cum ait: servum hæredem institutum a semetipso libertatem accipere: idemque traditur *in leg. ex parte 58. de acquir. hæred.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcise adeat hæreditatem, cogi non potest, ne servus quidem a domino *l. 3. Cod. de hær. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jusserit, placet, hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quam alieno, & debitam sibi accepit, *l. si servo 84. de hær. inst.*

Unde qui facultates suas suspectas) Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem instituendorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum: sed servi hæredis necessarii nomine a creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam actionis metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent, quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. 1. *qui & ex quib. caus. man.*

Hoc commodum præstatur) Μισθὸς τῆς ταύτης ὕβρεως, Theo. Duriusculum enim fuisset, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum prius quam bonis testatoris se immisceat, eave attingat, petere debet a Prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l. 1. §. ult. de sep. bon.* Quo loco, quod notandum est, separari etiam id dicitur, quod servo a testatore debetur, quasi hoc etiam dici possit a patrono non perfectum: quæ singularis est humanitas.

T E X T U S.

De suis hæredibus.

2. *Sui autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse. sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus a patria potestate, tum enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammo-*

do

do domini existimatur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino, sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento, ex lege duodecim Tabularum, hæredes fiunt. Sed his Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter a creditentibus possideantur.

NOTÆ.

Quin in potestate morientis) E' τῷ χειρῷ τῆς τελευτῶντος, Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

Non sufficit in potestate, &c.) Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres proprie est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. 1. de testam. mil. l. 6. de injust. rupt. §. 2. sup. de exhib. lib.*

Aut quodlibet) Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris destituto avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v. §. 7. & seq. de hær. quæ ab init.*

Prima causa liberorum) Suorum scilicet hæredum, *§. 2. inf. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. cap. 1.*

Sive velint, sive nolint) Necessitas hæc a jure patriæ potestatis, *l. 4. d. cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. Dion. Halicarn *l. 2. pag. 96.*

Prætor permittit volentibus abstinere) Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, *leg. 57. de acqu. hær.* Itaque vi ipsa Prætor ex necessariis voluntarios fecit, non tamen extraneos, quia, quod ipsis commodum, sui adhuc manent, *§. 3. infr. de hær. quæ ab int.*

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius, quam vulgo, sui hæredes describuntur.*
2. *Verbum hoc* suus hæres *non esse populare & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium, deque eo nonnulla non passim obvia.*
3. *Exponitur latissime hujus nominis ratio.*
4. *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur?*
5. *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis; & quem effectum ea res habeat?*

VEluti *filius, filia, nepos, &c.*) (1) Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui hæredes sunt quam liberi defuncti, & e liberis soli illi, qui in potestate morientis fuerunt, atque ex his, qui in potestate fuerunt, soli, quos tempore mortis nemo in familia antecedebat: hæc inductio nos quasi manu ducit ad hanc definitionem: Sui hæredes sunt liberi defuncti, qui, quo tempore is moritur, in potestate ejus sunt, primumque ab eo locum in familia obtinent. Non est tamen hæc definitio modis omnibus absoluta. Nihil in ea desideraremus, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: at hæc tempora non semper concurrunt; ex quo aliquando fit, ut qui moriente eo, de cujus successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Plane neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est neque ab intestatu, aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum, aut vitiatum; quippe in his casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, quam tempus mortis. At si proponas, patremf. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse, hic evenire potest, ut qui tempore mortis suus hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato, ut ecce; pater filio exhæredato extraneum hæredem instituit: deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato, & hic tamen tempus mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 5. unde lib. §. cum autem, 7. & seq. inf. de hær. quæ ab init.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, quo tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione) Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit; statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui hæredes. *§. 2. sup. de exhær. lib. §. 2. inf. de hær. quæ ab int. d. Gallus 29. §. & videtur 12. cum seq. de lib. & posth.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in sua successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi, *Nov. 118. cap. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjug. cum emanc. lib.* inutile esse.

Sed sui quidem hæredes) Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damn.* hoc est, ex lege duodecim Tabularum, *l. liberorum, 220. de verb. sign.* Ulp. tit. 26. estque verbum forense ac proprium Jurisc. non populare aut oratorium, de quo Hotom. *9. obs. 10.* (2) Quod ut intelligatur, sciendum est relativum *suos* non eodem modo ac sensu in proposito apud nostros usurpari, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione ut relativa & reciproca sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam, quæ præcessit; veluti cum nostri dicunt: *mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum, aut filium suum, leg. 1. §. Julian. 22. cum seqq. de agn. & al. lib. Cujus Sejus testamento uxorem suam hæredem instituit, l. Titia 34. §. 3. l. ult. de legation. 2.* In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scilicet ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar, ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres* & *suus*, conjungunt: sed ita, ut *suus* sequatur, veluti in his: *Testator a Titio hærede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit hæredis sui. Stipulatus est sibi hæredique suo, ire agere licere, l. 2. §. ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hæredique suo stipulatus* sit,

sit, *l. stipulatio* 38. §. *sed si* 12. *d. tit.* Quint. *lib.* 5. *c.* 16. *Quem quis hæredem suum esse voluit, charum habuit.* At cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit, ut in his: *Mulier suum hæredem paritura est*, *l.* 31. §. 1. *de acq. hæred.* *Femina suum hæredem non habet*, *l.* 4. §. 2. *cont. tab.* *Spes est, suum hæredem domino existere*, *l. pen.* §. 1. *unde legit.* *Filius patri suus hæres est*, *l.* 47. §. 1. *de neg. gest.* *Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres*, *l.* 13. *de injust. rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cum dico: *Mulier suum hæredem non habet*, intelligo loqui ex usu juris peculiari: cum aio: *Sempronio hæredem suum rogavit, ut partem hæreditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia tamen hi hæredes sunt) Theoph. οἰκεῖοι, eadem fere significatione, qua domesticum testimonium §. *in test. lib.* 9. *sup. de test. ordin.* aut quasi οἰκ ὅθεν ἢ ἀφ' ἑαυτῶν [illegible], Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed nominati sunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap.* 37. *domesticos* hæredes opponit *extraneis*, eosque ait bona non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa capere.

Et vivo patre quodammodo domini) Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri, quam sibimet ipsi hæredes sunt: (3) unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu:

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellantur, quam eo adhuc vivo & superstite κατὰ πρόληψιν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre, dicuntur desinere sui hæredes esse, puta si capite minuti fuerint. *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de suis*, & *legit.* *l.* 13. *de injust.* *l.* 29. §. 12. & *seq. de lib.* & *posthum.* nimirum ideo, quia vivente adhuc patre, jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes, & cohæredes sunt, testimonio non solum nostrorum, Pauli, *lib.* 11. *de lib.* & *posth.* Justiniani *hic text.* & §. *inf. de hær. quæ ab int.* verum aliorum etiam scriptorum. Terent. *Heaut. act.* 1. *sc.* 1. *Donec salvus redierit meus particeps*. Auson. *Idyll.* 3.

Justa quidem series patris succedere: verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum heros minores, [illegible] [illegible], vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis *Odyss.* ρ. Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Gen.* 24. *vers.* 65. Atque hinc est, quod patre mortuo, non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimetur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque a morte parentis quasi continuatur dominium, *d.* *leg.* 11. *de lib.* & *posthum.* quo fit, ut ubi suus hæres est, numquam jacere hæreditas dicatur: nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, *leg.* 1. §. *qui sunt*, 7. *si quis omiss. caus. testam.* Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine aditione, sine creatione, sine gestione pro hærede, *d.* *l.* §. 3. *inf. de hær. quæ ab int.* *leg. in suis* 14. *de suis* & *leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse: ac proinde etiamsi furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d.* §. 3. *l. furiosi* 63. *de acq. hær.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem tamquam jam sibi quæsitam ad quoscumque hæredes transmittant, *d.* *l.* 3. *Cod. de jur. de lib.* Hinc denique est, quod cum extranei dicantur *acquirere*, *adire*, *repudiare hæreditatem*, sui dicuntur *hæredes existere*, quod Græci interpretantur ἀντέχεσθαι (*retinere*, *immiscere*, *abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem proprie dici, *l. quidam* 132. *vers.* 1. *obl.* add. Hotomann. 9. *obs.* 10. VINN. Similia fere sunt apud Cisel. ad Caj. *Inst.* *lib.* 11. *tit.* 3. §. 6. Sed incommodior tamen videtur ratio, filios esse hæredes vivo patre, quum viventis nulla sit hæreditas. Hinc verosimilius videtur, filios dici *suos* hæredes quasi proprios, & in patris potestate dominioque Quiritario constitutos. Ita Joann. a Costa *ad princ. Inst. hoc tit.* & Vir Clar. Schultin. *ad Caj.* *l. c.* *pag.* 166. VINN.

Si quis intestatus) De hac re agimus *inf.* §. 2. *de hær. quæ ab int.* Diserte autem ait *intestatus*: nam lex duodecim Tabularum liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit; cujus vi legis patri licuit, filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquius; quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem a Prætore admissi, ac si capite minuti non fuissent, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* §. *emanc.* 9. *inst. de hær. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati non minus, quam sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *c.* 1. quamquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas mansit: de quo alibi.

(4) *Necessarii vero dicuntur, quia sive velint sive nolint*) Necessitas hæc a jure patriæ potestatis est, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus *in* §. 2. *sup. de pat. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis cum servis hæredibus a domino institutis nomen necessariorum hæredum, *l.* 12. *de cond. inst.* *l. necessariis* 57. *de acq. hær.* & *passim*. Licet autem suitati cohæreat necessitas: est tamen diversa qualitas a suitate. Ex eo quod quis suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribus paternis, velit nolit, respondere, *d.* *l.* *necessariis*, quamquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur: cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, *d.* *l.* 12. *de cond. inst.* *l. jam dubitari* 86. *de hær. inst.* Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit ut recte Govean. *d.* *l.* 2. §. 5. *n.* 35. *in l.* 10. §. 1. *n.* 2. *de vulg.* & *pup.* Contra Bart.

5. *Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate*) Cum qualicumque hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l.* 8. *de acq. hær.* suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, iis-

iisque se bonis abstinere parati sint: humanitas tamen hic ꝑ[illegible] videbatur, ut eo onere, qui id non sponte suscepissent, liberarentur. Verum tantum abest, ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum, si lex, quem occidere patri permittebat, eumdem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit partem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis Prætor mitigavit data suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, *d. l. necessariis 57. de acq. hær.* Ex eo autem quod Prætor hic dicitur liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, *d. l. necessariis*, recte colligitur, Prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quamquam non extraneos: necessitatem tantum a Prætore sublatam, non suitatem; quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere Prætori propositum fuit, *l. 12. de vulg. & pup.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, *§. 3. infr. de hær. quæ ab int. l. 2. de cond. furt. d. l. necessariis 57.* quamvis respectu beneficii prætorii: quo fit, ut in eos actio non detur, idem ius habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis haberent; *l. nam nec 89. de leg. 1.* Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem supra indicavi, ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, ut pote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectene dicatur, jus suitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius vero adhuc apparet, suitatem non esse sublatam a Prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu; nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares; ut docuimus supra sub *princ. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l. cum quasi 30. §. sed etsi 10. de fid. lib.* quo loco diserte pro ratione hoc affert Jurisconsf. *quod non sit sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet*; & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex Senatusconf. Trebell. transeant actiones, *l. ita tamen 27. ad SC. Trebell.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l. paterf. 28. de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli probata ab Ulpiano *l. Julianus 42. de acq. hær.*

Ut potius parentis, quam ipsorum bona) Species ignominiæ est, bona alicuius a creditoribus propter æs alienum possideri aut publice distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest: atque ob eam placuit, non minus ignominiam istam, quam hæreditatem servis relinqui posse: nec causam Prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinendi, *d. l. necessariis 57. §. ult. de acq. hær.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterf. 28. de reb. auct. jud. poss.* hoc est, satius putavit, ut ex duobus, qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine quam filii viventis; non sentientis, quam sentientis se hac affici injuria, bona possideantur aut divendantur.

TEXTUS.

De Extraneis.

3. *Cæteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes a nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Qua de causa & qui hæredes a matre instituuntur, eodem numero sunt: quia fæminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres a domino institutus, & post factum testamentum ab eo manumissus, eodem numero habetur.*

NOTÆ.

3. ***Hæredes a matre***) Sicut fæmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, ***l. 4. §. 2. cont. tab.*** Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii successores ab extraneis recte secernuntur.

Eodem numero) Extraneorum videlicet: quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scil. & hæreditatem, *§. 1. sup. de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

C. Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur?

SEquitur tertium genus hæredum, extranei, qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, *§. ult. infr. eod.* si nolint, non cogantur, *l. nec emere 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus: Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici: ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scilic. & hæreditatem, *§. 1. sup. de hær. inst. & hoc textu in fin.*

Qui in potestate nostra non sunt) Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem e familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam 55. §. 1. de ritu nupt.* Itaque sive hæredes a patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem a Prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem adeundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie, etsi jure civili quoque ab intestato succedunt, *Nov. 118. c. 1.* non aliter tamen si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore a nobis confirmabitur.

Qui hæredes a matre instituuntur) Quemadmodum fæmina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 2. cont. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri a patre substitutus necessarius fratri hæres fit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filios facere, *l. 2. §. prius 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Julian. 42. de*

aequ. haer. Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omittendum vero hic non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiosf. 114. §. sed & si 15. de leg. 1. l. peto 69. §. pen. & ult. de leg. 2.* atque in *l. unic. C. de imp. n. lucrat. descript.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendentium non sunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur in *l. libertus 36. de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui præteriti aut exhæredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Qui in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur; item liberi, qui numquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exhæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes a parentibus instituti hæreditate etiam adita, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est suitatis: & sui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cum & ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quin etiam omnes, qui ab intestato sive a lege sive a Prætore ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cujus *lib. 2. t. 2. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur: quamvis inscite eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus *in leg. 9. col. 12. 3. opp. Cod. de collat.* cum ait, extraneum dici tripliciter, a suitate, a filiatione, & a cognatione.

TEXTUS.

De testamenti factione.

4. *In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure, sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest; sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest, vel alii acquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet etiam testamentum facere non possint; attamen ex testamento vel sibi, vel alii acquirere possunt.*

NOTÆ.

I. *In extraneis*) Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hæred. inst.* ait *in extraneis*, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quæstioni de capacitate.

Qui in potestate eorum) Ratio est, quoniam institutio servorum, qui per se sunt incapaces, sustinetur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. 31. d. t.*

Ut effectum habeat) Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo possit consequi, *l. 52. de leg. 2.*

Et cum adit hæreditatem) Ita & Flor. *d. l. 49. §. 1.* Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si qua mutatio juris hæredi contigerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

COMMENTARIUS.

1 *In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.*
2 *Quid in successione ex testamento circa suos hæredes?*
3 *Notatur & refellitur insignis error VVesembecii.*
4 *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.*
5 *Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in consideranda capacitate hæredis constitui terminum distinctum a tempore mortis.*
6. *Probatur invictis rationibus, tempus adeundæ hæreditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*
7 *In pura institutione ut duo sunt extranea, ita unum tantum esse medium tempus, quod non noceat in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

EXpositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipuæ traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis jure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad requirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato, & successionem ex testamento: deinde inter qualitatem hæredis, & ejusdem capacitatem. (1) In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cum nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cujus hæreditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspici tempus delatæ hæreditatis: quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. *cum autem 7. infr. de hær. quæ ab intest. §. proximus 6 infr. de leg. agnat. success.* quibus locis diligenter hoc a nobis exponitur. (2) In successione ex testamento in suis hæredibus via est, ut locus sit quæstioni de capacitate, cum non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, suitatem pertinet, quæri potest utrum necesse sit eos utroque tempore suos esse & testamenti facti & mortis testatoris: an

ſatis ſit tales fuiſſe ſaltem altero, id eſt, tempore mortis. Sed verius eſt ſufficere, tales eſſe tempore mortis, etſi tempore teſtamenti non fuerint, *per l. ſi quis* 18. *de iniuſt. rupt. l.* 23. §. 1. *de lib. & poſth.* ut tamen & teſtamenti tempore capaces fuerint, omnino neceſſe eſt: alioqui Catoniana regula impedietur inſtitutio. (5) Notandus autem hic eſt inſignis error Weſemb. qui ſcribit, non fuiſſe ne eſſe, ut de ſuis & neceſſariis eadem monerentur, propterea quod ex perſona teſtatoris teſtamenti factionem habeant. Quis enim umquam fando audivit, quemquam habere teſtamenti factionem ex perſona teſtatoris? cum ſervo teſtamenti factio eſt ex perſona domini, & ſuſtinetur ſervi alieni inſtitutio, ſi cum domino teſtamenti factio eſt, quaſi ipſe dominus mediate per ſervum inſtitutus eſſet, *l. non minus* 31. *de hæred. inſt. l.* 10. *de acq. rer. dom.* Sed hoc ad ſervum neceſſarium hæredem qui applicari poteſt? aut qui poteſt domini perſona accommodari ſervo, ubi idem dominus eſt & teſtator? Sed valet hic inſtitutio ex perſona ipſius hæredis, quatenus conſideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore teſtamento deferri incipit hæreditas. Dicere vero, filiumfam. hæredem inſtitutum aliunde perſonam mutari, ſive ab extero hæres inſtitutus ſit, ſive a patre, intolerabile eſt. Ut ad rem redeam, tota fere quæſtio de inſpicienda diverſis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eoſque teſtamento inſtitutos pertinet, quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus propoſita eſt ex Florentino, *l. ſi alienum* 49. §. 1. *de hær. inſt.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic obſerventur, facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progreſſu liquebit.

Sive ii qui in poteſtate eorum ſunt) Cum extranei hæredes alias capaces ſint, alias incapaces, & eorum qui ſunt capaces, non minus ſervi, quam illi ipſi hæredes inſtitui poſſint, quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum ſpectatur, cum ipſi hæredes inſtituti ſunt, iiſdem etiam eadem ſpectetur, cum inſtituti ſunt ſervi? Ait autem Imper. hic poſt Florent. *d. l. ſi alienum* 49. §. 1. nihil in propoſito intereſſe, utrum ipſi domini hæredes inſtituti ſint, an ſervi eorum. (4) Et recte; nam cum ſervorum, qui ipſi per ſe incapaces ſunt, inſtitutio ſuſtineatur ex perſona domini, quocum teſtamenti factio eſt, *l. non minus* 31. *de hæred. inſt. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. conſequens omnino eſt, teſtamenti factionem iiſdem temporibus cum domino eſſe oportere, ſervo ejus hærede inſtituto, quibus oporteret, ſi ipſe hæres inſtitutus eſſet; proinde & facti teſtamenti tempore & mortis teſtatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens, *l. ſervus* 82. *de acq. hær.* Ait enim, ſervum ejus, qui capere non poteſt, & hæredem inſtitui poſſe, & cum ipſum, ſi, antequam juſſu domini adeat, manumiſſus ſit, ad hæreditatem admitti. Verum ut totus iſte locus & loci inſcriptio oſtendunt, non loquitur Clemens de ſervo ejus, qui omnino non eſt capax, aut cum quo ſimpliciter non eſt teſtamenti factio, qualis eſt peregrinus aut deportatus: (nam & hunc nihil prohibet ſervum habere, *l.* 7. *de legat.* 3.) ſed de ſervo ejus, cum quo quidem ut cive Romano teſtamenti factio eſt, ſed qui capere non poteſt ex ejus teſtamento, qui ſervum inſtituiſſe proponebatur. Erant enim inter cives, qui ex quorumdam teſtamentis aut nihil, aut partem tantum capere poterant, ut cælibes, orbi, vid. *ſupr. pr. de hær. inſt.* Aliter reſpondet Cujac. *ad d. l. ſi alienum* 49. §. 1. *de hær. inſt.*

Duobus temporibus, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris) Mox tamen adjicit & tertium tempus ſcilicet quo adeunda hæreditas; uti & Juriſconſultus *d. l. ſi alienum* §. 1. De duobus temporibus teſtamenti & mortis teſtatoris, res expedita eſt. Nam teſtamenti tempus ideo neceſſario inſpiciendum eſt, ut conſiſtat inſtitutio, nimirum propter regulam Catonianam, quæ initium ſpectari vult, nec patitur, inſtitutionem, quæ ab initio non valuit, ex poſtfacto convaleſcere, *tot. tit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat inſtitutio; hoc eſt, ut dies ejus utiliter cedat. Quod ſit, ſi quis ſit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam adeundo ſibi acquirere poſſit, *l. non oportet* 52. *de leg.* 2. (5) Quod vero duobus iſtis temporibus Imper. & Juriſc. *d. ſi alienum* §. 1. tertium adjungunt, tempus ſcilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus quam ſuperioribus, atque ut diſtinctio a tempore mortis capacitatem hæredis inſpiciendam ajunt, idque ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus ſit, ſatis ne ſubtiliter aut conſiderate ab iis dicatur, merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam, quod ſentio, Juriſconſultus cujus verba deſcripſit Tribonianus, non ſatis caute eo loco locutus videtur: neque id temere a me dictum mox fatebere.

Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. ſive pure, ſive ſub conditione inſtitutus) Ita quoque Juriſc. in *d. l. ſi alienum* §. 1. nimirum ergo Imp. & Juriſc. hoc ajunt, præter priora duo tempora; teſtamenti ſcil. & mortis teſtatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis ſpectatis, ſive pure, ſive ſub conditione inſtituti. (6) Mihi vero hoc inconſiderantius dictum videtur; & ſive pura ſit inſtitutio, ſive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate hæredis non bene conſtitui terminum diſtinctum a tempore mortis aut conditionis exiſtentis. Primum enim ubi pura inſtitutio eſt, nego plura tempora in propoſito ſpectari, quam duo illa, teſtamenti facti, & mortis teſtatoris; tempus autem adeundæ hæreditatis a tempore mortis ajo diſtingui non oportere. Quod ſic demonſtro. Hæres pure inſtitutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, fruſtra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non eſt tempore mortis, & ſi poſtea capax fiat, hæreditatem acquirere non poſſit: quod ipſum etiam hoc loco & *d. l. ſi alienum*, 49. §. 1. aperte ſignificatur, cum ad hoc ut effectum habeatur inſtitutio, requiritur, ut inſtitutus capax ſit tempore mortis; neque ratio juris aliud patitur, ſecundum quam conſtat tempus aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. hæres*, 54. *de acq. hær. l. omnia*, 193. *de reg. jur.* Si eſt capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, poſt aliquando in priſtinam cauſam reſtitutus ſit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tamquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi: ac ne ſic quidem hæreditatem inſtituto acquiri poſſe, ex eo evincitur, quod in pura inſtitutione unum tantum tempus intermedium eſt, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus ſcilicet, quod intercedit inter factum teſtamentum & mortem teſtatoris; ex quo porro hoc ſequitur, in pura inſtitutione duo tantum eſſe extrema, quæ circa capacitatem hæredis conſiderentur, tempus teſtamenti conditi, & mortis teſtatoris: per hunc text. *verſ. medio aut, & dict. leg. ſi alienum* §. *verſ. eod.* Denique certum eſt, non tantum mortuo hærede inſtituto, ſed etiam eo deportato aut ſervo facto ante aditam hæreditatem, ſtatim locum fieri ſubſtitutis aut hæredibus

dibus ab intestato, *l. Gallus*, 29. *& quid*, 5. *de l. & post.* *l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inspici tempus aditionis, sed præter duo priora inspicitur etiam tempus existentis conditionis, ita ut tria quidem hic sint extrema, sed præter tempus testamenti & mortis, tum inspicitur existentia conditionis, non etiam tempus adeundæ hæreditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit: sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *d. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscant, quam tria ista, quæ diximus: Aiunt enim, medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere hæredi. Quod si tempus adeundæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem & aditionem hæreditatis mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est tempus aditionis hæreditatis, neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum; ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de adeunda capacitate agitur, nihil aliud significari, quam eum, qui illo tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem adeundo acquirere non posse: & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus adeundæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatori aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris, vel conditionem) Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & quæ insuper habentur ut intermedia. (7) In pura institutione extrema duo sunt, testamenti, & mortis testatoris; medium unum, quod inter duo ista interjectum est. In institutione conditionali extrema tria; nam tertium in ea facit existentia conditionis: media, quæ non nocent, duo. Quippe secundum medium in ea est, quod intercedit inter mortem testatoris & conditionem institutionis existentem. Præter hæc neque aliud extremum, neque intermedium numeratur. Unde apparet, verba, quæ sequuntur, *quia, ut diximus, tria tempora inspici debent*, eadem, qua supra, inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus, mortis, & existentis conditionis, pro uno computatis, forte quod posterius retrotrahitur, & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet, quod Jo: Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiori ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis; atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tamen facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob caussam etiam in capacitate hæredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est: quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur, ac si pure institutio facta esset: nec vero ob aliam caussam institutio conditionalis sustinetur, quam quod conditione quandoque existente, eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur, ac si pure hæreditas relicta sit. De quo ex professo *supr.* §. *hæres*, 9. *de hær. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait, tria tempora inspici debere: hoc enim tam de conditionali, quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat; ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut Viglio, Mynsing. Hotom. Wesemb. &c.

Ex alieno testamento capere) Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam: Quamvis enim proprie is solus testamenti factionem habere dicatur, cui testamenti faciendi jus est; videamus tamen nostros aliquando pinguius ita loqui, ut eos quoque dicant testamenti factionem habere, qui tantum capere ex testamento possunt, *l. filiusf.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hær.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus) Marcellus *d. l. filiusf.* 16. §. 1. *qui testam. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem; quoniam eam hæres scriptus, donec resipiscat, nec sibi, nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessarius hæres existat, *l. furiosus*, 63. *de acq. hær.* Plane curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult.* §. *si autem*, 3. *Cod. de cur. fur. l.* 1. *de bon. poss. fur. infant. &c.*

T E X T U S.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem hæredibus deliberandi potestas est de adeunda hæreditate, vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis: sive extraneus, cui de adeunda hæreditate deliberare licet, adierit, postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXIV. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hæreditatem susceperint, Prætor succurrit. Sciendum est tamen, D. Hadrianum etiam majori XXV. annis veniam dedisse, cum post aditam hæreditatem grande æs alienum, quod aditæ hæreditatis tempori latebat, emersisset. Sed hoc quidem D. Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit. D. autem Gordianus*

nus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit, & constitutionem tam æquissimam, quam nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet eis adire hæreditatem, & in tantum teneri, quantum valere bona hæreditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis, & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

NOTÆ.

5. *Extraneis hæredibus*) Ex Florent. *l. 49. §. 1. de hær. inst.* Ait, *extraneis*, quia deliberatio extraneorum hæredum propria est. Cæterum postquam suis hæredibus a Prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, *l. 8. & seq. de jur. del. l. 19. Cod. eod.*

Deliberandi potestas) Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, potest hæres vel intra 30. annos adire: si instent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, *l. 9. C. eod.* ut interim instrumenta hæreditaria & rationes defuncti inspiciat, *l. 5. ff. eod. l. 28. de acquir. hæred.* a Principe annus conceditur, a judicibus novem menses, *leg. ult. §. 13. Cod. dict. tit.* olim id fuit arbitrarium, *l. 1. §. 2. ff. eod.*

Immiscuerit se) Sui non dicuntur adire, prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hæreditas tantum oblata est, sed immiscere, aut abstinere, quæ proprie dicuntur de rebus partis & jam nostris, *l. 14. §. 2. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acq. hæred.* quamquam interdum hæc accuratio negligitur, *l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. hær.*

Nisi minor 25. annis) *L. 7. §. 5. de minor.* ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam hujus ætatis facilitatem.

Damnosam hæreditatem) Et ex contrario, si lucrosam tempore repudiaverint, *leg. 2. C. si ut omn. hær.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem tam in onera, quam in commoda hæreditaria succedere.*
2. *Jus deliberandi quorum causa & cujus rei gratia comparatum? quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus?*
3. *Etiam suis hæredibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*
4. *Post aditionem aut immixtionem hæreditatem derelinqui non posse, nisi a minore 25. annis per restitutionem in integrum.*
5. *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hic succurratur.*
6. *Beneficium inventarii.*
7. *Quæ neglecti hujus beneficii pœna?*
8. *Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hæreditatem.*

HÆres suscepta hæreditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, *leg. hæres, 37. de acq. hæred. l. nihil, 24. de verb. signif. leg. hæreditas, 62. de reg. jur. junct. l. 8. §. 3. de lib. leg.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adversus alios; verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quam commodorum hæreditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine a creditoribus hæreditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones, quæ ex contractibus defuncti descendunt, suscipere cogi, etiamsi hæreditas solvendo non sit, *leg. 8. de acq. hær. l. 2. Cod. de hær. vel act. vend. l. ult. C. de hær. act. §. 1. inst. de perp. & temp. act.* (1) Quæ cum ita sint, periculosum sane atque anceps est, hæreditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud, ob periculum æris alieni, quod initio latere potest: hoc, ne temere repudiando lucrosam hæreditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hæredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hæreditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hæredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in principio hujus §. alterum novum a Justiniano I. introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur, vers. *Sed nostra*. Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantum hæredis gratia comparatum esse, sed eorum quoque, quorum interest hæreditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve, qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit, qui urgeat, non admodum hæredi opus est: quippe cui liberum, tamdiu hæreditatem amplecti, quamdiu eam non recusaverit, *l. 9. C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hæreditatis legibus præstitutum est; & si aliquo tempore solum longissimo, id est, præscriptione 30. annorum, jus hæredis excluditur. DD. communiter per *l. 3. C. de præscript. 30. ann.* Jas. in *l. 8. C. de jur. del.* Coras. 6. misc. 21. (2) Cæterum si sint qui urgent, hinc prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hæreditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l. si quis, 23. §. 2. de hær. inst. l. quamdiu, 69. de acq. hær.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *leg. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l. 9. C. eod.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti, nec pauciores daret, quam centum dies, *l. 2. eod. tit.* Justinianus summum tempus, si a Principe deliberatio petatur, annum esse voluit: si a judicibus, novem menses, *leg. ultim. §. & si quidem, 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere ut rationem defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat; ut instituere se possit, atque apud se constituere, expediat nec ne agnoscere hæreditatem, *l. 5. eod. l. Aristo, 28. de acq. hær.* Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti, aut hæredis legitimi hæreditas pro repudiata habeatur, *leg. quamdiu, 69. de acq. hæred.* Creditoribus autem obligatur perinde ac si adiisset, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est, ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione habere debuit. A Justiniano hoc

etiam hæredibus tributum, ut intra annum ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum est, in quosvis hæredes transmittant, *l. cum antiquioribus*, 19. *Cod. dict. tit.* eoque jure etiam nunc utimur, Grot. *lib.* 2. *manud. cap.* 22.

(3) *Extraneis hæredibus,*) Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, non potestatem habeant hæreditatem ita quæsitam derelinquendi. Cæterum postquam Prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum: ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, *l.* 8. *& lib. seq. de jur. delib. cum in antiquioribus*, 19. *C. eod.*

Postea relinquendæ hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit) Tempus deliberandi ab hærede prius petendum est, quam hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem, sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, *l.* 4. *C. de repud. hær. l.* 10. *C. de jur. delib.* (4) Nec Prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per integram restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temere & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem adisse aut appetiisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus Prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, *leg.* 7. §. *sed & si de minoribus leg. necessariis*, 57. §. 7. *de acq. hæred.* quemadmodum ex contrario quoque, si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando a Prætore restituitur, ut eamdem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *leg. quod si minor.* 24. §. *de minoribus leg.* 1. & 2. *Cod. si ne omiss. hæred.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodo se abstinere possint, id est ne adito Prætore, sive se immiscuerint, sive non immiscuerint, *leg.* 12. *dict. tit. necessariis de acq. hæred.*

Veniam dedisse.) Quod jus cum singulare fuerit, uni ea singulari gratia a Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit. Et ideo existimo, contra quam Wesemb. & Bachov. nec Prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generalis edicti. *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur.* (5) Merito namque his objicietur, quod cum possent, spatium ad deliberandum non petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio, aut id [illegible] omiserunt, id est, in jure errantes, quibus [illegible] non solere constat, *l. pen. in pr. & §. [illegible] & [illegible]*. Plane si nihil sit, quod hæredi imputari [illegible], non negaverim, causa cognita [illegible]; [illegible] si emerserit postea æs alienum, quod [illegible] tempore [illegible] latuerat, nec sciri ab hærede, [illegible] diligenter explorante, potuit, *per [illegible] jur. del.* Neque enim simplex facti ignorantia [illegible] debet.

Gordianus postea militibus) De jure quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus *leg. ult. Cod. de jur. delib. Sed & Veterum constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam hæreditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona a creditoribus hæreditariis non inquieterentur.* Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. *ultim. ejusdem leg.* confirmat, hoc addito, propterea a se introductum, non ampliore tamen summa teneantur, quam in hæreditate invenerint.

(6) *Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium, &c.*) Poterat tam paucis verbis, quam quibus benevolentiam suam commendat, ipsum beneficium explicare. Est autem illud, quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solemni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc beneficium consequitur. Summa fere constitutionis Justiniani, quæ extat in *l. ult. C. de hæred. del.* hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint, intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis ac testibus non minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, *Novell.* 1. *cap.* 2. conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut a tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitime confecto consequitur beneficium Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur: sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, *leg.* 8. *de acq. hær. l. sicut*, 75. *de solut. leg.* 7. *C. de pect.* Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, quod Bart. in *l. qua ratione*, 11. §. *quod vulgo* 5. & 10. *ad leg. Falcid.* tradit Jason *in add. ad Porc.* §. *sed quia*, 7. *instr. fideic. hær.*

Nisi omissa observatione nostræ constitutionis deliberandum existimaverint) Etsi Justiniano visum est, post introductum a se beneficium inventarii antiquum jus deliberandi penitus esse supervacuum; tamen, ut ipse testatur; motus plerorumque supplicationibus, veteri remedio adhuc uti cupientium, jus illud liberum reliquit, *d. l. ult.* §. *& hæc quidem*, 13. *C. de jur. del.* (7) Et vero cur relinqueret, magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum, quod necesse est detegi defuncti facultates: quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem aut ita admisit, ut eam parentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tamquam pœnam contempti beneficii sui, primum, ut creditoribus in solidum tenerentur, quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum, ut si non fecerint inventarium, etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. pen.* §. *pen.* Novissime hoc insuper cavit, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, etsi vires patrimonii excedant, *Nov.* 1. *cap.* 2. Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat DD. *in d. l. ult.* Clarus §. *testamentum quæst.* 46. Grass. *l.* 2. *art. inventarium per tot.* (8) Apud Burgundiones, & in universa Gallia, item in hisce regionibus invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inven-

inventarii pro speciali gratia habeatur, ac propterea id a Principe impetrandum sit, aut a Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup.* 23. Impetrato autem beneficio tenetur hæres per apparitorem aliosve ad hoc publice constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies quadraginta inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere: dein curare, ut res mobiles æstimentur, ac tum demum præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratione bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli V., edita anno 1554. Sande *lib.* 4. *t.* 12. *de fin.* 1. Sed & ita demum hoc beneficium conceditur, si non alius de cognatione defuncti pure & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit; quod & diplomati sive mandato inseri solet. Hoc autem procul dubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo qui simpliciter adit, solidum consequantur, partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditur solvendo non fuisse. Qua de re adeundi Chass. *ad cons. Burg. t.* 7. §. 13. Baro *ad hun.* §. Peck. *lib.* 1. *de test. conj. c.* 35. Grot. *manud. c.* 21. Christin. *vol.* 4. *decis.* 22. Plane extranei id offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor, *decis. supremi apud nos Senatus* 7. Peck. *dict. cap.* 35. Zip. *not. jur. Belg. Cod. de jur. delib.*

T E X T U S.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. Item extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem vocatus, potest aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate sciendæ hæreditatis, hæres fieri. Pro hærede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locandove; & quoque modo voluntatem suam declaret, vel vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro hærede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro hærede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro hærede gerere, & acquirere sibi hæreditatem, si tamen intelligit quod agit.

N O T Æ.

6. Tamquam hæres utatur) Potest enim quis res attingere hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres: puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *leg.* 20. *princ. &* §. 1. *de acq. hær.*

Vendendo res hæreditarias, &c.) Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *dict. leg.* 20. §. 1. *l.* 1. *C. de rep. hær. l.* 1. *Cod de jur. del.* Quodam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. Exempl. in *dict. leg.* 10. §. 42. §. 2. *eod.*

Dummodo sciat) Vide *leg.* 19. *leg.* 21. *leg.* 32. §. *ult. eod.*

In cujus bonis pro hærede gerit) Hic verbum *pro hærede gerere* latius videtur accipi, quam *in princ.* §. Num horum verborum *pro hærede gerere, & adire*, etiam generalis significatio est, alterumque pro altero, & unum pro utroque interdum usurpatur, *leg.* 12. *de int. in jur. leg.* 88. *de acq. hær.*

Contraria destinatione) Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto, nutuve, *l.* 95. *eod.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur. Exempl. *in l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. l.* 23. §. 1. *de inoff. testam.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2 *Duo dumtaxat esse, distincta tamen inter se, genera acquirendæ hæreditatis, aditionem, & pro hærede gestionem.*
3 *Qui plura genera statuunt, eos egregie imponere studiosis disciplinæ juris.*
4 *Cretionem nihil aliud fuisse, quam solemnem quamdam aditionem, contra quam Joseph Scaliger; & cur nulla hic cretionis mentio?*
5 *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendo deprehendatur.*
6 *Percii, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*
7 *Ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat, quarum rerum eum ignarum esse oporteat?*
8 *Variæ circa etymologiam hæredis opiniones.*
9 *In repudiante hæreditatem eadem ex contrario quæ in admittente requiri.*
10 *Etiam surdos & mutos pro hærede gerere posse.*
11 *Quid si hæreditas delata furioso, impuberi, infanti?*

(1) Hic §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos dumtaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet, quippe cum in hos dominium rerum paternarum quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sane postquam Prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarii; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito Prætor & prudentes utuntur. Sui enim dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantum oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se, aut abstinere, derelinquere; quæ non dicuntur nisi de rebus patris & jam nostris, *l.* 14. §. *plerique*, 8. *de reliq. l.* 7. *de jur. del. l.* 12. §. *ult. de bon. lib. l.* 11. *l. necessariis*, 57. *l. si servum*, 71. §. *si quis, l. cum bonis*, 87. *de acq. hær. & passim eod. t.* Nam cum hac, quod ratio sit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de succ. d. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib.* 21. §. *ult. de jur. patr. in fin. l.* 1. §. 10. *ad SC. Tertyl. l.* 6. *C. de leg. hær.* minus accurate loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur quam duo, aditio, & pro hærede gestio sive geritio: sic enim appellatur a Jurisconsulto in *d. l.* 14. §. *plerique*, 8. *de relig.* Utrum autem hi modi, ut nominibus, ita & re ipsa inter se distincti sint, necne: item an non plures sint, quam hi duo, videbimus in exegesi textus.

Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate) Omnis hæreditas, sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, ne quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate de-

declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua, & facto: quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. (3 Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, *l.si quis mihi*, 25.§.*sed quid*, 7*l. quo n.bis*, 69.*de acq. hær.d.l.*14.§.8. *de rei.l.*19. *C. de jur. del.* Quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire. quemadmodum etiam hoc loco ut diversa aperte distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minime assentiendum sit VVesemb. asserenti, nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem, quominus, qui pro hærede gerit dicatur adire, & qui adit pro hærede se gerere: ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l.*12. *de m-terr. in jur.* Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui facto aliquo eamdem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp.*l.pro hær.*20. *de acq.hær.* cum ait, pro hærede non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro hærede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit, spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest, *l. gerit*, 88. *de acq.hær.* ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoque tamquam facto aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. (3) Et plura non esse omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregie studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primam immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem vero statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiæ est. Quid enim est aliquid agnoscere hæreditatem, quam declarare, se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quam adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere liceat, quot diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantum agnoscere hæreditatem a veteribus dici legimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, *l.*6.§.1. *l.quæsitum*, 40. *in fin.l.cum bonis*, 87. *de acq.hær.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. (3 Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quam solemnis quædam aditio, idque ostendit formula cretionis relata apud Ulp.*t.*22. §. *cretio*, 23. his verbis: *Cum me Lucius Titius hæredem instituerit, eam hæreditatem adeo cernoque*. Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi*, *non proprie significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevi*, *hæreditatem adii*, id Ulp. *d.tit.* §. 21. & §.20. sic exprimit, *cernendo fit hæres*. Varro *lib.* 5. *de ling. Lat.Cernito in testamento*, *id est*, *facito videant te esse hæredem*, vid.Pet.Fab.2. *semestr.*22. Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat *lex cretionem*, 17. *C.de jur. del.* hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secus erat, Ulp. *d.loc.* Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait. *Et quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo*. Sed quid laboramus? non tantum loci omnes, in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti *in l.quamdiu*, 59. *de acq.hær. l.*14. §. *plerique*, 8. *de relig.l. cum in antiquioribus*, 19.*C. de jur.del.* ostendunt, pluribus quam duobus distinctis modis hæreditatem non acquiri: sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantum relinqui, ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest, quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *l.*7. *de form.* Ræard. *de auct.prud. cap.*8. Greg. Tolos.46. *syntagm.* 2. *n.* 6.

Si rebus hæreditariis tamquam hæres utatur) Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cum sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres gesserit, ambigi potest, quo gesserit animo, quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quam pro hærede gerendi. (5) Potest enim quis attingere res hæreditatis, ut tamen id non faciat quasi hæres, *leg. pro hærede*, 20. *in princ.* & §. 2. *de acq. hær.* Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sane. Finge hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l. pro hærede*, 20. §. *Papinianus* 4. aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit: puta si servos hæreditarios manumisisset *l. Julianus*, 42. §. 2. *eod. tit.* cum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraxerit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede, nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse; sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent; ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, sed quod facturus est, non facturum ut hæres esse velit, *d. l. pro hærede* §. 1. *l.* 1. *C. de repud. hæred. l.* 2. *C. de jur. del.* Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, *leg.* 14. §. *plerique*, 8. *de relig.*

Et quoquo modo voluntatem declarat, vel re, vel verbo; Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur quod prius dictum est, hæreditatem acquiri, vel pro hærede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando: aut fatendum est quod supra dixi, Justinianum verbum pro hærede gerere hic latius accipere, quam in principio §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quam re. Utcumque sit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut aperte verbis declaranda est: siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accursius in *leg. 2. de interr. in jur.* ait, hæreditatis aditionem consistere in occulta voluntate, non sic accipiendum est, eum, qui nude destinavit, & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditate obligari: sed ita neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatur difficillimum. Neque vero etiam Porcio, & Angelo assentior, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut recte Bartholus in *leg. gerit*, 88. *de acquir. hæred.* nemo velle videri debet, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius, hic, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant, & tunc demum velle aliquid videmur, cum animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius, vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueamur.* Illud in transitu moneo, pure hæreditatem adeundam esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit: *Si solvendo hæreditas est, eam adeo*, nulla aditio est, *leg. eum qui*, 51. §. *ultim. de acquir. hæred.* quo jure etiam hodie utimur.

Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse) Duo requirit Imper. ut quis adeundo aut pro hærede gerendo hæres fiat; unum est, ut sciat defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, *leg. qui hæreditatem*, 19. *leg. neminem*, 27. *leg. hæres*, 32. *leg. qui superstitis*, 94. *de acquir. hær.* Ponamus ergo, agnatum proximum, cum ignoraret, se hæredem scriptum hæreditatem tamquam longe sibi delatam adiisse, prove domino bona administrasse; hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. si is*, 22. *eod.* Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam: & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterfamiliuas aut filiusfamilias sit, & generaliter, testamenti factionem habuerit, necne, *l. hæres*, 32. §. *ult. eod.* Ad hæc etsi sciat, se hæredem institutum, sed utrum pure, an sub conditione, ignoret, non poterat adire hæredit. *d. l. hæres*, 32. §. 1.

Veteres hæredes pro dominis appellabant) Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæch. peregrinus de palla sic loquitur, *Menæch. Act.* 3. *scen.* 2. *v.* 11.

Prandi, potavi, scortum accubui, abstuli
Hanc, cujus hæres numquam erit post hunc diem:

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium a nostris promiscue usurpetur, *leg. si is*, 22. *de acquir. hæred. l.* 2. §. *ultim. de bon. poss. sec. tab.* Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem a verbo *herus* dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in *herus* corripitur, in *heres* producta est: quam ob causam Viglius & Hotoman. potius ab *hæreo* deduci putant, ut *hæres* dicatur, quasi *hærens*, eo quod proximus defunctus in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat, quod *hæres* & *hæreditas* sine diphtongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in Pandectis Florentinis Cujac. Atque ideo Hotoman. existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hæra*, quod terram significat, unde sit *hæredium*, Varroni agellus, qui hæredem sequebatur. Cæterum non sunt hæc magni momenti: nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gell. *l.* 12. *cap.* 3. quamquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

Contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur) Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente, ut voluntatem declaret aut aperte verbis, puta ut dicat, se hæredem esse nolle; scriptove aut nutu id testetur, *leg. recusari*, 95. *de acquir. hæred.* aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est, si hæres institutus idemque legitimus de testamentaria hæreditate nihil aperte statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, *leg. ne is qui*, 17. §. 1. *leg. illud*, 77. *eod. tit.* Item si præteritus aut exhæredatus ab hærede instituto, cum sciret eum hæredem esse, emit aliquid, aut prædia conduxit, vel ei solvit, quod testatori debebat. His enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare *l. si ponat*, 23. §. 1. *de inoffic. test.* Scire item debet qui repudiat, vivat is, de cujus hæreditate agitur, necne: testatus an intestatus decesserit: hæres necne ei sit, pure an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet: alioqui uti adeundo ita repudiando nihil agitur, *leg.* 13. *l.* 15. & 4. *leg. seqq. l. hæres*, 32. *l. qui superstitis*, 94. *de acquir. hær.*

Qui surdus vel mutus natus vel postea factus) Mutus, necnon surdus, etiam ita nati pro hærede gerere & obligari hæreditate possunt, *leg.* 5. *l. pater*, 93. *in fin. dict. tit.* Diserte autem dicitur, pro hærede gerere: quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos qui natura tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo surdus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis voluntatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigendum. Sed & qui mutus non natus, sed factus est, licet verbis voluntatem declarare non possit, poterit tamen vel scripto, vel alio indicio eam significare, *arg. l. recusari*, 95. *eod.* Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nulla voluntas est, qualis est furiosus, curatori tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omissa ad eos revertetur, ad quos remoto furioso perventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, *l. ult.* §. 3. & *seqq. C. de re jur.* Quid si impubes sit, cui delata hæreditas? Quod hujus judicio deest, si pple-

patris tutoris auctoritas, *l. pupillum*, 49. *de acq. hær. l.* 9. §. 3. *de auct. tut. l.* 4. *C. de jur. del.* In infante novum jus a Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hæreditatem adire possit, *l. si infanti*, 18. *C. dict. tit.* Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre recte adivit, *l.* 8. §. *ult. de acq. hær.* neque obstat quod si impubes in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, §. *pup.* 9. *in fin. inst. de inut. stip. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæterum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l. si infanti*, 18. §. *ult. C. de jur. del. l. ult.* §. *ubi autem*, 6. *C. de bon. quæ lib.* Don. *ad l. ult.* §. 2. *num.* 7. *de verb. oblig.*

TITULUS VIGESIMUS

DE LEGATIS.

Dig. Lib. 30. 31. 32. *C. Lib.* 6. 37.

Ratio ordinis cum summa eorum, quæ hic explicantur.

Cognita ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, donec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim non ipse rerum ordo & dispositio partium deinceps tractandarum facta §. *ult. super quas pers. cuiq. acq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum a cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; neque absque ratione. Nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur, quam hæreditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommisso honoretur: hæc causæ communio, simul quod legata sunt partes, hoc est, accessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maxime de his disputetur, atque ob hanc etiam causam in hunc locum collatum est, *dict.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi, in quibus non universitas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc ducentur, quid sit legatum, quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium: quibus rebus olim legata distabant a fideicommissis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari, legari possint, vel non possint, quibus recte legetur aut contra; postremo quædam, quæ ad veterem formam legandi pertinebant, mutantur.

T E X T U S.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis, quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per universitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de hæredibus, qui in testamento instituuntur, loquuti simus, non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

De iis figuris, quibus per universitatem) *Figuris*, id est, *causis, modis, rationibus*. Docemus, quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus, quod notavimus in expositione, §. ult. *sup. per quas pers. cuiq. acquir.* in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verum etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat, *l. si quis* 23. *l. non amplius* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l. cum pater* 39. *de vulg. & pupill.* Ulpian. *tit. de legat.* §. *sicut* 23. tamen hunc legatarium non fieri juris successorem, *dict. l. non amplius* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hæreditarias aut active aut passive in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. *sed quia* 5. *inf. de fid. hæred.* Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, pura pretia servorum manumissorum, aut sumptus funeris, *l.* 8. §. *ult. de leg.* 2. hoc non tribuit legatario successionem juris; sed tantum dicitur ad differentiam ejus, quod observatur cum pars bonorum, quæ tempore mortis fuit, legatur; quo casu impensas deduci placet, *l.* 9. *dict. titul.* Sic cùm in specie *l. cum filius* 76. §. 1. *d. tit. de legat.* 2. Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit ut hæreditatem, sed ut bona, quæ Mævio ad testatorem pervenerunt.

T E X T U S.

Definitio.

1 *Legatum itaque est donatio quædam a defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

N O T Æ.

1. *Donatio quædam*) *Quædam* συγκατηγόρημα generi additum, quia legatum proprie donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, *vers. sup. de don.* Florent. *delibatio hæreditatis*, s. 116. *de leg.* 1. μείωσις κληρονομίας, Basil. 44. *tit.* 1. *cap.* 1.

A defuncto relicta) Modest. *l.* 36. *de leg.* 2. *testamento relicta*. Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. *l.* 2. *Cod. comm. de legat.*

Ab hærede præstanda) Desunt hæc apud Modestin. nec Theoph. Cuj. Hotom. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpe tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt, plenioris explicationis gratia.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum?*
2 *Cur particula quædam donationi in definitione adjecta.*
3 *Consulto pro testamento relicta, ut est in definitione Modestini, hic positum pro a defuncto relicta.*
4 *Verba ab hærede præstanda, non videri otiosa, ut quidam censent.*

Lega-

Legatum, inquit Ulpian. *in fragm. h. tit.* est quod *legis modo*, id est, *imperative*, testamento relinquitur; quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiuscule petitum videtur, aliis potius legare dictum putant a *legendo*, quatenus hoc verbum diligere & decerpere significat, quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definivisse *delibationem hæreditatis*, *l. legat. 116. in princ. de leg. 1.* Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Cœl. c. 59. omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur Virg. *Ecl. 3. v. 92.*

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib. 4. de ling. Lat.* legatos a *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publice lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim Tabularum, *uti quisque legassit*, &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, *l. verbis legis 120. de verb. signif.* EINN. Immo etymmologia Ulp. nihil est verius. Legare enim prima producta non significat delibare, vel decerpere, sed mandare, jubere, legem dicere. Unde & legare dicitur pater fam. etiam, quando hæredem ex asse instituit. Placuit vero hoc vocabulum veteribus, quia, ut supra monuimus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant, quam verbis directis & ut ita dicamus, legislatoriis, ex gr. *habeo*, *hæres damnas esto*, *finito*, *&c.* Plura eam in rem diximus in *Ant. Rom. h. t.* HEIN.

Donatio quædam) Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l. legatum 36. de legat. 2.* Non est tamen omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. *&* 2. *de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat, atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hæreditatis, quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, *l. 5. §. qui mortis 17. de his quæ ut ind.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio: proficiscitur enim totum a liberalitate testatoris, estque titulus mere lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, *l. si hæreditatem 32. mandat. l. hæred. 119. de verb. signif.* Additum igitur generi est συγκαταχρηστικῶς *quædam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hactenus contra legem aut modum definiendi. Vid. Gocl. *de trop. defin. can. 9. except. 1.*

A defuncto relicta) Directo scilicet & proxime a defuncto, non per interpositam mediam personam, ut excludatur fideicommissum; quod quidem etiam relinquitur a defuncto, sed ἐμμέσως, atque ita, ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *a defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fidei commissorum, quæ est *l. 2. C. comm. de leg. & fidc.* Post hanc enim exæquationem non numis legata, quam fideicommissa non testamento tantum, sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicilis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, §. *pen. 10. inf. de fid. hær.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cum legatum sic describit, ut sit *delibatio hæreditatis*, (μείωσις κληρονομίας Basil. 44 t. 1. c. 1.) *qua testator ex eo, quo universum hæredis foret, cui quid collatum velit*, *l. leg. 116. in pr. de l. 1.* Eadem differentia indicatur ab Ulp. *inf. tit. de fid. §. 3. & 6.*

Ab hærede præstando.) Hæc verba non agnoscunt Th. Cujac. Hotomann. Wesemb. Baro o sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sane est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria: quippe in qua quæritur, quid sit legatum, non a quo relinquatur, aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem. Cæterum causam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent, ut videre est in definitione tutelæ *l. 1. de tut.* item furti, *l. 1. §. 3. de furt*, quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fidei commissorum non tantum ab hærede, sed etiam a legatario legari potest. Ego vero nego, quod ita relictum est proprie legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra *de fideic. hær. in princ.* Illa autem leviuscula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, *leg. Lucius 22. de legat 2.* deinde quod quæ legantur, recta dicuntur transire ad legatarium, *l. a Titio 64. de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstetur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat, & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, per *leg. hujusmodi 84. §. si Titio 11. de legat. 1.* Quod vero legatum recta a defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium: nam possessio nihilominus ab hærede patenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l. 1. §. 2. quod legat.* de quo vid. Clar. §. *testamentum quæst. 68.* Peck. 1. *de test. conj.* 48. Christ. *vol. 4. decis. 36.* Sed & translatio illa dominii ficta potius est, quam vera, & ideo introducta maxime, ut legatarius post diem legati cedentem ad hæredem legatum transmittat, *l. 3. l. 4. quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini, & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro leg.* Frequentissime autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo,*

modo, per præceptionem; & certa quædam verba cuique generi legatorum assignata erant, per quæ singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus Divorum Principum solemnitas hujusmodi verborum sublata est. Nostra autem constitutio, quam cum magna fecimus lucubratione, defunctorum voluntates validiores esse cupientes, & non verbis, sed voluntatibus eorum faventes, disposuit, ut omnibus una sit natura; & quibuscumque verbis aliquid relictum sit, liceat legatariis id persequi, non solum per actiones personales, sed etiam per in rem, & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.

NOTÆ.

2. *Certa quædam verba.*) Vid. Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *tit.* Notæ juris, D. D. E. *Dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæredibus. Cajus *d. lib. & tit.* §. *ult.* Th. hic. Formula: *Lucius Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum, Græc. ἐξαίρετος δόσις.

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam natura & jure.*
2 *Primum Justinianum effecisse, ut omnium eadem vis esset, salva tamen in omnibus voluntate defuncti.*
3 *Expenditur utrum differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis sublata constitutione Justiniani.*
4 *Hypothecariam beneficio Justiniani accepto ferendam, qua de re, adversus quos ea competat, aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

PEr *vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem.* His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt a verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita: *Hæres meus damnas esto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic: *Hæres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex hæredibus legabatur hac formula. *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præceptam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur; in legato damnationis ad hæredem: in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo: quia in hoc quoque genere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem; quamquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat, quod per damnationem, in actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus quod sinendi modo relictum erat, non aliam actionem quam ex testamento competiisse, post Theoph. Bach. scribit: Cajus etiam vindicari potuisse, *lib.* 2. *h. tit.* §. *penult.* quod ego locum habuisse puto, cum res testatoris propria hoc generi legati relicta esset. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in cohæredes. Hæc fere, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *tit.* 24. Cajum *lib.* 2. *titul.* 5. Paul. 3. *sentent.* 6. Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me liceat, adeat Ant. Fab. 6. *conj.* 1. caute tamen. VINN. Recte Caj. interpretatur Vinnius. Si enim res propria hæredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat; tunc hæres non contra vindicare, nec dicere poterat. *Et ego ajo illam rem meam esse*: quia jussus erat sinere, ut legatarius rem sibi haberet. Præclare hoc observavit V. C. Anton. Schulting. *ad Caj. lib.* 2. *tit.* 6. §. 6. *pag.* 120. Cæterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas exhibuit Merill. *Observ. lib.* 6. *c.* 32. *pag.* 175. NEIN.

Constitutionibus Divorum Principum verborum solemnitas sublata) Significatur *l. in legatis* 21. *Cod. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini, Constantii & Constantis, quos si singulos spectes, totidem dici possent Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l. quoniam* 15. *Cod. de testam. l. ult. Cod. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio) Est *l.* 1. *Cod. comm. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti, nec Latino tantum, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius gentis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. *tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat, quam ante. aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti. Hanc gentium differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *Cod. comment. de legat.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vendicationem*, aut *per damnationem*, ubique sustulit: rem autem ipsam & effectum reliquit. VINN. Id negari potest. Nam si ex. gr. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, *l.* 16. §. *ult.* & *l.* 34. *ff. de leg.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de statu lib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 62. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio *in Paratit. Cod. ad l. un. de cad. tollend. sub fin.* hanc differentiam non esse sublatam; sed Pandectarum compositores festinantius agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. *Variant. Cujac. lib.* 11. *cap.* 10. *pag.* 241. HEIN.

Non verbis, sed voluntatibus.) Antilogia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut

cxx

exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum DD. comm. & Zas. *in leg. legat.* 37. *num.* 22. *de legat.* 1.

Non solum per actiones personales) In *dict. leg.* 1. *Cod. comm. de legat.* utitur numero singulari. Intelligit autem actionem, quæ veteribus dicitur actio ex testamento, *l. servo* 79. §. *ult. l. non quæcumque* 82. *in pr. leg. quæsitum* 91. §. *ult. de legat.* 1. *l. qui concubinam* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. iur.* §. *si res aliena* 6. *inf. eod.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, a quo relictum est. Obligatio est quasi ex contractu: quippe cum hæres adit agnoscit hæreditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit, atque hoc facto quomodo cum legatariis contrahere videtur. §. *hæres* 5. *infr. de obligat. quæ quas. ex contr.* Ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per *actionem* 25. *de obl. & act.*

Sed etiam per in rem) Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non omni legato; ut ecce, de eo, quod per vindicationem legatum erat, præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio; de re per formulam damnandi legata una erat actio in personam, in rem non erat: quæ juris diversitas ex alio diverso inter hæc jure nascebatur; ex eo nimirum, quod rei per vindicationem legatæ dominium recta a testatore in legatarium transibat, *l. legatum* 80. *de leg.* 2. *l. a Titio* 64. *de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad hæredem, & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam recte legabatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, *l. in rem* 23. *in princ. de rei vind.* fierique consequens, ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia, quam in personam actio competere possit. Ex constitutione vero Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in rem legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis, quam vendicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra §. *sit itaque* 14. *infr. de act.* Respondent nonnulli, speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium, quod non placet. Nihil enim refert, quo iure dominium agenti quæsitum sit, *dict. leg. in rem.* 24. *de rei vind.* & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure dominii, quod statim a morte testatoris in legatarium transfertur: quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento, petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantum ut creditorem, qui hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore vindicantem: nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursus autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, utra legatarius velit; una autem electa, altera consumitur, *l. cum filius* 76. §. *variis* 8. *de legat.* 2. *l. hujusmodi* 84. §. *ult. l. si servus* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit, ponendi sunt termini habiles: primum, ut legata sit certa species aut corpus; neque enim quantitate, aut nomine legato, vindicatio locum habere potest: deinde ut res, quæ legata est, propria testatoris fuerit: nam quod testatoris non est, id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l. nemo plus juris* 54. *de reg. jur.*

Et per hypothecariam) Priores duæ actiones etiam veteribus, secundum ea quæ diximus, in usu fuerunt. Hypothecaria, de qua hoc loco, tota beneficio Justiniani accepto ferenda est. Nam quod legimus apud Papinianum, legatarios causam pignoris habere, *l.* 4. §. 1. *de separ.* id, ut locus ipse indicat, Junct. *l.* 1. §. *sciendum* 3. *eodem tit.* accipiendum est de specie pignoris Prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascumque res a defuncto relictas, adversus quosvis earum possessores. Ajo, a defuncto relictas, siquidem non res hæredis propriæ, sed hæreditariæ ex hac causa pignori sunt legatariis ex dicta constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim sit legatarii: rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus* 45. *de regul. iur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse, receptum est, Mynf. 1. *observ.* 58. Charond. 1. *respons.* 22. cum vindicatione autem adversus eumdem cumulari non posse tradit Bald. *in auth. contra num.* 11. *Cod. ad Sc. Trebell.* sed Cyn. *in d. l.* 1. *num.* 10. *Cod. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* §. Utut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successive intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam, altera in judicium deducatur: ratio autem non patitur, ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur, aut rei vindicatio: ut proinde simpliciter verum esse non possit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones elective concurrere, non cumulative: sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l. quamvi.* 8. *Cod. de pign.* Illud pene supervacuum monere; actionibus hisce locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate. Nam si hæreditas adita non fuerit; nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo* 9. *de testament. tut. l. eam* 19. *Cod. de fideicomm.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura* 29. §. 1. *qui teste fac. l. ex testamento* 29. *C. de fideicomm. l. ult.* §. 1. *Cod de codicill.* de quo plura Jas. *in d. leg.* 13. & post eum Sichard. *num.* 6. *C. d. t.* Don. *n.* 9. & *seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro lega-

legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipso jure divisum esse, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est, & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l. rem hæred.* 65. *de evict.* introductum. Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l. non est mirum* 26. *de pign. act.* cum in dubio credendum sit, testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. signif.* Atque hic intelligimus, etiam post hanc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, add. Christ. *v.* 3. *dec.* 37. *n.* 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l.* 1. *n.* 12. VINN. Atque de cumulatione actionum frustra quæritur, si ex principiis juris Romani decidenda sit quæstio. Nam id jus comulationem ignorare, & ab ea plane abhorrere videtur, *l.* 6. *de except. rei jud.* Nec contrarium liquet ex *l.* 1. §. 4. *de edendo* & *l.* 12. §. 1. *ff. de acqu. verb. amitt. poss.* quarum altera ad primam editionem; altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi, quod se contingat, potest & relicta actione petitoria ad possessorium confugere, sed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Cæterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam, (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit), non autem rei vindicationem & hypothecariam, quum alterutra sufficiat. HEIN.

T E X T U S.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, quæ ex voluntate magis descendebant defunctorum pinguiorum naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum; & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare: ut natura utriusque juris cognita, facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

N O T Æ.

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*) Vid. Ulpian. *d. tit.* 25. Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. Theoph. hic.

Necessarium esse duximus) *l.* 2. *comm. de legat.*

Nulla sit inter ea differentia) Scil. in ipsa re. Ait enim, se non verbis, sed rebus leges imponere, *dict. leg.* 2. Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativis legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris: cujus rei exemplum habemus §. *infr. de sign. reb. per fideic. rel.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum itidem esse Justinianum.*
2 *Cur stricta legatorum natura, & quibus cancellis circumscripta fuerit?*
3 *Cur pinguior ac laxior fideicommissorum, & quibus in rebus?*
4 *Exæquatione hac non esse sublatam utriusque relicti differentiam essentialem.*
5 *Quando amplius fuerit in legato, quam in fideicommisso?*

SUperiore §. didicimus, legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. (1) Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est *l.* 2. *C. comm. de legat.* quod hoc loco expresse profitetur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulp. *in fragm.* & Cajus *l.* 2. commemorant, certe maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpian. *t.* 1. *de legat.* 1. legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicomm.* Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani, jam triennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis veterum possent, *l.* 1. *C. de vet. jur. enucl.* Idque in plurimis locis ab iis factum esse animadvertere licet. Vid. Govean. 1. *var. lect.* 29. Duar. 2. *disp.* 9. Donell. 8. *comm.* 2. Baron. Hotomann. VVesemb. *hic* Covarr. *in cap. Rainaldus* §. 1. *n.* 3. *x. de testam.* Aliter & diversimode hoc expediunt Cujac. 8. *observ.* 4. Ræyar. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 23. quorum explicationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hæreditates fideicommissarias non pertinere. Is enim, cui ex fideicommisso restituitur hæreditas, hæredis loco habetur. De quo uberius *infr. de fideicomm. hær.*

Stricte concludentem) Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias: & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. (2) Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solemnibus ac præsciptis verbis utendum erat, sicut & in hæredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *leg.* 7. *de vulg. & pupill. leg. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do, lego, capito, sumito, habeto, hæres meus damnas esto dare, hæredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulpian. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Cæterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus *in* §. *pr.* Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinqui non

non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. praete,ea, 10. infr. de fideicomm. hæred. Cajus lib. 2. tit. 7. Præterea legatum relinqui non poterat ante hæredis institutionem, nec post mortem hæredis, nec a legatario aut fideicommissario, sed a solo hærede, §. ante, 34. & seq. infr. eod. & tit. de singul. reb. per fideic. rel. in princ. Ulpian. hoc tit. §. post mortem, 16. & §. a legatario, 20. Cajus d. tit. 7. Denique verba legatorum stricte accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ, aut quæstio voluntatis, leg. ille, 25. §. 1. de legat. 3.

(3) *Ex voluntate magis descendunt*) Quam ex lege, aut certo jure. Quod significat Ulpian. *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis*. Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta esset, modo certa esset testatoris voluntas *l. cum virum*, 16. *C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco, quam Latino sermone recte relinqueretur, *l. 11. in princ. de lega.* 3. Ulpian. *d. tit.* §. *item Græce* 9. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. nutu*, 21. *d. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minime obscura essent, magis tamen voluntas, quam verba, spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l. 16. C. de fideic. l. quisquis*, 95. *de legat.* 3.

Pinguiorem naturam indulgentem) Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quæ legatum vitiasse diximus, obcrat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante hæredis institutionem & post mortem hæredis. Poterat & a legatario & a fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulpian. *tit.* 25. & Caj. *lib.* 2. *tit.* 7. meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat, iis fideicommitti posset. §. 1. *Inst. de fideic. hær.* Hinc deportatis, orbis, in cælibatu viventibus legari nou poterat; quum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, quum hi legatum non caperent, nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulpian. *tit.* 17. §. 1. & *tit.* XXV. §. 7. Unde omnino apud Ulpian. *tit.* 25. §. 6. legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his, quibus legari non potest*. Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse nondum constat. HEIN.

Ut nulla sit incerta differentia) Hoc est, ut una sit eorum natura, ut jam non amplius sicut olim diversa eorum vis sit ac potestas. Hoc enim exæquare est; alterius vim ac naturam alteri communicare: quemadmodum hoc Imperator ipse mox explicat & in *d. l. 2. Cod. comm. de legat.* Itaque nunc legata æque ac fideicommissa & ab intestato, & nutu, & a legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa & voluntas legantis servabitur. (4) Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exæquatione essentialem harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativis relictum est, etiam fidei commissum factum, & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut ali-quo casu dissimilem hæc necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti: quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, §. penult. infr. de sing. reb. per fideicomm. rel. Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exæquationem nostram adhuc relictas; sed perspicuo errore, nec digno qui confutetur.

Si quid amplius est in legatis) Mutua igitur est hæc exæquatio. (5) In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso numquam; item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat, etiam rei vindicatio: de fideicommissis una tantum competebat extraordinaria persecutio. De quo dicendum amplius *infr. tit. de fideicomm. hær.* §. 1. Cæterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem quoque actionibus, quibus legata, peti possint, *l. 1. & 2. Cod. comm. de leg.*

Separatim prius de legatis, & postea de fid.) Hinc est, quod Justinianus in progressu aliquando ita differit, tamquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum una cum cæteris sublata voluisse. Velut in §. *præterea* 10. *infr. de fideicomm. hæred.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et *in pr. tit. de signif. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi a legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solum autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præstare, vel si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare. Sed si talis sit res, cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec æstimatio ejus debetur: veluti si quis campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quæ publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam non esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset, alienam rem esse, non legasset, & ita Divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum: non hæredem probare oportere ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

NOTÆ.

Cujus commercium non est) Ejus rei, quæ absolute commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt quæ hic & in *l. 39. §. 8. & seqq. eod.* 1. enumerantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, *l. 41. cum. 2. seqq. eod.* Quid si vel testator, vel hæres commercium rei non habeant? Resp. Si legatarius habeat, utile esse legatum, *leg. 49. §. 3. eodem 2.* fac. *leg. 54. de verb. obligat.* sin minus non

non valere, *d. l.* 49. §. 2. *d. l.* 84. Non obſtat *l.* 115. §. 5. *eod.* 1. neque *l.* 11. §. 16. *eod.* 3. illa tibi quod reſpondeas ipſa ſubminiſtrat; in hac agitur de legato militiæ, cujus earum æſtimatio continetur, *d. l.* 49. §. 1. in *l.* 40. *eod.* delenda videtur ſecunda negatio: alioqui abundant, *eorum commercium legatarius non habeat*. Cujac.

Legatarium prolare) Hoc idem iiſdem verbis Marcian. tradit *l.* 21. *de prob. tac. l.* 23. *Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Quarum rerum legatum conſiſtat, aut non conſiſtat.*
2. *Legem duodecim Tabularum non impedire, quominus res aliena legari non poſſit. Et nunc jus Canonicum.*
3. *Quid juris ſit in legato rei communis? Quæſtio ſubtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei alienæ.*
5. *Legatum rei ſimpliciter exemptæ commercio, aut uſibus Principis deſervientis, prorſus inutile eſſe. Ut & regulariter earum rerum, quæ ædibus junctæ.*
6. *Rei exemptæ commercio certæ perſonæ legatum valere, ſi legatarius commercium habeat: ſin minus, ſecus: ſubjecta pleniſſima ſolutione omnium quæ obſtare videantur.*
7. *Quid juris: ſi feudum legatum ſit?*
8. *Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur: cur demum valere placeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe: & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

INchoatur hic tractatio de rebus, quæ legari poſſunt, aut non poſſunt: qui locus maximam hujus tit. partem occupat, nec eſt ſine multiplici diſtinctione prævius. (1) Primum hoc in genere teneamus, non ſolum res ſpeciatim ſic dictas, ſed etiam facta legari poſſe, ut qui juſſus eſt facere, parere debeat: nec ſolum res corporales, ſed etiam incorporales, puta uſumfructum, ſervitutem, nomen. Deinde poſſe legari non modo res, quæ actu ſunt in rerum natura, verum etiam quæ futuræ ſperantur: quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt, earum legatum inutile eſſe. De quibus omnibus accuratius agemus ſuis locis. Porro intereſt, utrum res legata ſit in commercio, an non ſit: & ſi extra commercium, utrum ſimpliciter atque in totum, ut ſunt res publicæ, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liber homo; quarum rerum legatum nullius momenti eſt: an vero res talis ſit certo reſpectu, & vel ob ſpecialem circumſtantiam commercio exempta, cum alioqui per ſe & conditione ſua ſint in commercio, cujuſmodi ſunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta, quæ inutiliter iiſdem uno atque altero caſu excepto legantur: vel exempta commercio, quorundam, non omnium, ut mancipium Chriſtianum, cujus commercium non habent Hæreticus, Judæus, Paganus, *tit. C. ne mancip. Chriſt.* item militia, hoc eſt, officium alicujus eorum, qui in aliqua ſchola ſeu ordine inter ſtatutos relati ſunt, ex quo ſalaria a Principe conſequantur: cujuſmodi officiorum conſtat quoque non omnes jure capaces eſſe. Vid. Cujac. *in leg.* 3. §. *ſi quid minori* 7. *de minor.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium eſt, cum præſide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo poſt. Quæ res legata in commercio eſt, ea vel eſt teſtatoris propria, vel non eſt: & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertii alicujus, vel in hoc argumento ſpecialiter dici ſolet res aliena. De re hæredis ſcriptum hic eſt, eam non minus quam rem teſtatoris legari poſſe: neque ullam hoc dubitationem habet: adeo ut hujuſmodi legatum valeat, etiamſi teſtator exiſtimaverit rem ſuam ſe legare, *l. unum* 67. §. *ſi rem* 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata diſtincte dicetur *infr. ſub* §. *ſed ſi rem* 10. De re aliena hic iiſdem traditum eſt, eam utiliter legari: cum ea tamen diſtinctione, quam legatum rei teſtatoris aut hæredis propriæ non recipit, poſtremo illud quoque generaliter tenendum eſt, nullius eſſe momenti legatum earum rerum, quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis ſint in commercio; de quo etiam inferius præcipitur diligentius *ſub* § *ex contrario* 14.

Sed etiam aliena) Etiam res aliena legari poſſe, ſemper conſtitit; & poſſe, etiam difficilis earum partitio ſit, ut ait Juriſconſultus *l. cum ſervus* 39. §. *conſtat* 7. *de legat* 1. (2) Nec obſtat lex duodecim Tabularum, quæ tantum de ſuo legandi poteſtatem facit, *l. verbis* 120 *de verb. ſignif.* Nam qui legat rem alienam, de ſuo legare intelligitur. Oneras enim hæredem, ut rem redimat, & redempta præſtet. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur: ſicut indicat *l. qui quatuor* 30. §. *ult. de legat.* 3. & expreſſe teſtatur Ulpian. *in fragm. ſub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta, *do lego*, aut ſimilibus. Sed & rem hoſtium legari poſſe placuit, ſi modo in ea cauſa ſit, ut aliquo caſu emi poſſit, & jure commercii comparari, *l. ab omnibus* 104. §. 2. *de legat.* 1? Ejus rei, quæ apud hoſtes eſt, bello ſcilicet capta, legatum omnimodo conſiſtit jure poſtliminii, *leg.* 9. *l. ſi ſervus* 98. *eodem*. An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius*, *x*, *de teſtam.* ubi videtur ejuſmodi diſpoſitio improbari. Covarruvias putat, ſpeciem *dict. cap.* eſſe ſingularem, quod res alterius Eccleſiæ legata proponeretur ſepulturæ cauſa: & ideo extra ſpeciem illic propoſitam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum conſiſtere: & ita quoque Mantic. 9. *de conj. ult. vol.* 10. Fachin. 5. *centur.* 38. At enim negari non poteſt, quin Pontifex in *dict. cap.* oſtenderit, ſibi diſplicere rei alienæ legatum, cum id magis *ſæculi legibus* quam *legi Dei* convenire ſignificet. Quamobrem Dom. Tulden. *hic cap.* 5. fatetur quidem, improbari a Pontifice hanc juris civilis diſpoſitionem: cæterum cum eam expreſſe non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maxime cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi ſupremis hominum deſideriis, & eo tantum pertineat, ut hæres rem a domino redemptam, aut eo nolente vendere, juſtam rei æſtimationem legatario præſtet. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putaſſe, rei alienæ legatum legibus ſæculi ita ſuſtineri, ut nam rem, velit nolit, dominus ſuo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præſtatione oneretur, conſtat, legi divinæ minime repugnare. (3) Quæſitum eſt, quid juris ſit in legato rei communis? Finge teſtatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legaſſe Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, ſi teſtator ſic dixerit *fundum meum*. Hic enim portionem tantum deberi, id eſt, partem, quæ teſtatoris fuit, non alienam, diſerte reſpondet Paul. *l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. & addit hoc conſtare, ut oſtendat, certi juris eſſe, non controverſi. Quippe & verba & mens teſtatoris hic pro hærede faciunt: Verba, quia *fundum meum* recte interpretamur, quatenus meus eſt: nam meum recte dicitur, quod pro parte

re meum est, *l. in re communi 26. de serv. præd. rub. l. si quis 74. de legat. 3. l. 2. de condit. instit.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte 25. de verb. signif.* Mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non tacile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum 67. §. si rem 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea tantum portio, quæ testatoris fuit. Accursius existimavit, totum deberi, quoniam legatum rei alienæ, quam testator scivit alienam esse, valet, & in proposito fundus, si in totum esset alienus, totus deberetur. Quod & Donello visum in *l. 10. C. de legat. n. 2.* Sed contrariam sententiam, quam probant Barthol. Bald. Jason. Angel. Zas. Duar. in *d. l. 5. §. ult. de legat. 1.* Mantic. 9. *de conj. ult. vol. tit. 1. n. 12.* veram esse existimo, partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei in totum alienæ & pro parte meæ. Si res legata tota aliena est, non potest videri testator revocasse modum legati ad partem aliquam suam, quam nullam in ea re habet; nullaque alia conjectura capi potest, quam voluisse legare totam. At cum pars tantum testatoris fuit, omnino credibile est, eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse hæredem suum ita onerare, ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum, 67. §. si rem, 6. de legat. 2. leg. Sticho, 36. in fin. de usufruct. legat.* Eamdem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus, 71. §. ult. de leg. 1.* facit *lex 24. de instruct. vel. instruct. l. 30. §. 4. de legat. 3.* Plane si testator nominatim dixerit, se legare fundum Sajanum *totum*, vel *omnem*, responderem, utramque partem, & tam alienam, quam testatoris debere, *arg. l. Juliano, 63. in princ. de legat. 3.* Fusius hanc quæstionem tractat *lib. 2. select. quæst. cap. 26.*

Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare) (4) Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si domus, 71. §. 3. de legat. 1. l. non dubium, 14. §. ult. l. qui quatuor, 30. §. ult. de legat. 3.* & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut re aliena legata, dominium ejus rei recta a morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc vero ita obtinent, si testator rem alienam legavit sciens; secus est si ignorans, ut paulo post audiemus.

(5 *Si talis sit res cujus commercium non est, nec æstimatio debetur*) Ejus rei, quæ simpliciter atque absolute extra commercium est, legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus, 39. §. pen. de legat. 1.* Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. cum servus, §. antep. & ult.* Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cætera, 41. cum 2. leg. seqq. dict. tit.* Excipiuntur duæ causæ, harum etiam legatum valere placet, quarum una est *in d. l. cætera §. sed si quis, 5.* altera in *l. 11. §. si quis illicite, 14. de leg. 3.* nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam hæredes legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l. 2. C. de ædific. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. (6 Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testatoris aut hæres sit, an legatarius: Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissor non habeat *l. multum, 34. d. verb. oblig.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis, utpote a quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *l. mortuo bove, 49. §. sed Proculus, 3. de legat. 2.* Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. Grot. 2. *manud. 22. vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *d. l. mortuo bove §. 2.* cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *d. l. 34. de verb. oblig.* & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, *cap. 9. §. ult. de donat.* [illegible Greek], ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æque expeditum ac præcedentia. Nam primum obstare videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, *l. 11. §. si servo, 16. de legat. 3.* Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis adeptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *leg. non minus, 31. de hæred. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile sit, & æstimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l. 49. §. 1. de legat. 2.* debeatur domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est *in d. l. 11. §. si servo, 16.* denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scivisset servum, non reliquisset. Itaque nec ad dominum quicquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit, reperiturque res relicta ei solum, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *lex si filiusfam. 114. §. si quid alicui, 5. de legat. 1.* Sed hic locus ipse tibi quod respondeas subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid aliud licite fuerit relictum, quo ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, aliamve probabilem causam, habere non potest, alius tamen habere potuit, æstimationem deberi.* Proponitur legatum licite relictum: ergo relictum capaci, non ei, cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet, prædium provinciale licite legari præsidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casu aliquo & probabili ex causa rem habere non potest, non ei, qui jure capere prohibetur. Finge surdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debetur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapaci, *arg. d. l. 11. §. si servo, 16. de legat. 3.* Postremo hic objicitur *lex sed si res, 49. de legat.*

leg. 1. qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresse est, utile esse fideicommissum, & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus *in dict. l. multum*, 34. *de verb. oblig.* distinguit inter impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque, aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verum ista distinctio locum habet: ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. *animad.* 11. & alii, interesse putant, sciverit testator legatarium, sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit; priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius *in d. l. multum*, 34. contendit redundare in *d. l. sed si res*, 40. secundam negationem, eamque demendam, ut hic sit sensus, æstimationem deberi, si res, cujus commercium legatarius non habet, ab eo per fideicommissum relinquatur ei, qui commercium ejus rei habet. Quæ sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum recta ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimus ei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove*: 49. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet*. Quid enim refert, legatarius, a quo res per fideicommissum relicta est, commercium ejus rei habeat, nec ne, si fideicommissarius habeat: aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *dict. l. sed si res*, 40. Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ac ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est*, abundare? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse: fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo existimationem fideicommissario deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *d. l. mortuo bove*, 49. *de legat.* 2. §. *pen.* contra ubi æxistimatio dicitur deberi, de fideicommisso, ut *in d. l.* 11. §. *si servo*, 16. *de legat.* 3. & *d. l. si filiusfam.* 114. §. *si quid alieni*, 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duareno sentit, non inelegantem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus, a quo relinquitur. Ego vero non magni hanc æstimo. Nam si tam insignis hoc in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpianus & Cajus *sub tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis, de quo fere hic quæritur, & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res, quæ per unum relinqui possent, possint & per alterum, *dict. tit. de fideic.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quam ex fideicommisso; ex quo apparet, rationem illam differentiæ, quam Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. (7) Quid si feudum legatum sit? Hinc æstimationem deberi negant Gall. 1. 2. *observ.* 154. *num.* 13. Fachin. 5. *controv.* 37. Vultej. 1. *de feud. cap.* 9. *num.* 72 Petr. Greg. 42. *syntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideicomm. art.* 12. *n.* 103. & *seq.* Matthæuc. *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *num.* 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachovio *in Treutl. vol* 2. *disp.* 13. *thes.* 5. Sed prior apud nos obtinet, sive testator de suo fundo disposuerit, non interveniente domini consensu, D. Grot. 2. *manud.* 40. sive de alieno, nisi aliunde liquido constet, testatorem & æstimationem præstari voluisse, uti supremam apud Mechlinenses Curiam censuisse refert D. Christin. *vol.* 6. *decis.* 28.

Si sciebat alienam rem esse) Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest, utrum quis rem alienam legans sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debebitur, si ignoravit, non item, *l. cum alienam*, 10. *Cod. hoc tit. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *eod.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus rei ratione, *forsitan enim*, inquit, *si scivisset alienam rem esse, non legasset*. (8) Sed unde illud colligimus, testatorem legaturum non fuisse? Ex eo nimirum, quod nemo facile credendus sit, hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *leg. Sticho*, 36. *in fin. de usufruct. leg.* Atque hic intelligere licet, distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiamsi testator eam suam existimans legaverit; nempe cui rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem quæ defuncti fuit, *dict. leg. si unum* §. *si rem*. Plane aliquando conjectura voluntatis efficit, ut etiam res aliena legata indistincte debeatur; veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l.* 10. *C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta tradunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasquesi *lib.* 3. *de success. progr.* §. 17. *num.* 41.

Legatarium probare oportere) Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *leg. actor*, 23. *Cod. de probat. leg.* 7. *Cod. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit: qui hic legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem & verbis & Marcianus tradidit, *leg. verius*, 21. *de probat.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ, etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *leg.* 8. & 9. *eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum rem alienam esse, add. Gomez. 1. *res.* 12. *num.* 13. Christin. *vol.* 4. *decis.* 32. *num.* 5. & *seqq.*

TEX-

TEXTUS.

De re pignorata.

5. *Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse, & ita C. Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.*

NOTÆ.

5 *Si rem obligatam*) Fac. *l. 57. de legat. 1. l. 15. de dot. præl. l. 6. C. de fideicomm.*

Hæres eam luere) In *dict. leg. 15. liberare*. Luere est pignus solutione vel satisfactione liberare.

Ex hoc expresserit) In testatoris certa, & expressa voluntate conjecturis non est locus, *leg. 33. eodem*.

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinæ hujus §. non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est,*
2 *Interdum etiam tunc cum testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eam luere debere, & quibus casibus?*
3 *Quid juris sit pignore distracto?*

(1) RES pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis abest, quod pro ea liberanda præstari cogimur, *arg. l. Labeo, 14. de verb. signif.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. alienand.* Atque hic est, quod in re pignori obligata idem placet quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditori pecunia, *hoc text. l. si res, 57. de legat. 1. leg. licet, 15. de dot. præl. l. prædia, 6. C. de fideic.* Non obstat, quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est, verbi causa, si fundus, qui legatus est, servitutem debet, eum cum servitute recte præstari, *l. servo, 69. §. 3. de legat. 1.* si servus statu liber legatus est, statu liberum recte dari; *l. servum, 44. §. pen. & leg. seq. §. ult. eod.* Nam hoc quod de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est fundo legato, cujus ususfructus alienus est, hæredem hunc usumfructum redimere debere; quoniam scilicet & in usufructu res legata videtur, nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *leg. Mævius, 66. §. pen. cum filius, 57. §. dominus: 2. de legat. 2.* Plane si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joann. Fab. D. Tuldenus *hic cap. 11.* annotavit, & ita observari ait: quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione. *Decis. Cur. Holland. 11. in fin.*

Ita demum, si sciebat defunctus) Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res a legatario luenda est, *dd. leg.* (2) Duo sunt casus, quibus placet, etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æqui legatarius fuisset, si scisset obligatam, *dict. leg. si res, 57. de legat. 1. dict. leg. prædia, 6. Cod. de fideicomm.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, *arhum. leg. cum alienam, 10. Cod. de legat.* Alter casus est, cum debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *dict. leg. si res, 5§. in princ.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*: ut editiones Roberti Stephani, Petri Baudozæ, & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius, non ut vulgo, *vel potest aliquid esse superfluum*, &c. Nam hac lectione retenta, hic Jurisconsultus ... fuerit, ut recte Fachin. *lib. 12. contr. c. 43.* quotiescumque plus est in re legata, quam in debito, pro qua obligata est, hæredem eam luere debere: etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. *dict. loc.* & D. Thuelden. *hic cap. 11.* Atqui tunc regula convertenda erit, quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm. 19.* alium sensum vulgatæ lectionis affingit, nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ, quam testator obligatam nesciebat, pro ea quantitate, quæ rei pretio respondeat, legatarium luiturum: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno*, minime ferunt. (3) Illud hic monendi sumus, tunc solum hæredem posse pignus luere, cum id nondum a creditore legitime distractum est: Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris jure in alium translato, *leg. non est novum, 46. de acquir. rer. dom. leg. ultim. Cod. si vend. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. prædia, 6. C. de fideic.* VINN. Quum versatilissima sit *lex 57. ff. de legat. 1.* Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videatur, nec præsidium in vetustis Codicibus Manuscriptis reperiat; omnino videtur Donelli sententia liquidissima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit, rem obligatam, tunc hæres luit, nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi vel hanc, vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset. (2) *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, idest, nisi exsoluto ære alieno nihilominus aliquid superfluum manet, quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutæ, tunc id quod solvendum superest, ab hærede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. *lib. 11. Conj. cap. 10.* & Donell. *lib. 8. cap. 19.* pro *noluerit* legunt *voluerit*. Qua emendatione non opus esse, si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osvv. Hillig. Donell. *Enucl. ibid. litt. Q.* HEIN.

[illegible] *legatarium habere*, [illegible] hic [illegible] manifestum est, quia in [illegible] voluntate testatoris conjectura non est locus, sed simpliciter [illegible] est voluntati defuncti, *leg. si pluribus*, 33. *de legat.* 1.

TEXTUS.

De re aliena post testamentum a legatario acquisita.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emptionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione, vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est. Nam si rem habet, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem, agere potest.*

NOTÆ.

Traditum est duas lucrativas, &c.) Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex [illegible] lucrativa ad creditores pervenit, *leg.* 27. [illegible] *leg.* 108. §. 4. *de legat.* 66. §. 1. [illegible] *l.* 61. *de solut.* Ratio est, quia [illegible] creditoris [illegible] res esse cœperit, in eum casum [illegible] obligatio, a quo incipere non potuit, §. 10. [illegible] *eodem*, §. 2. *infr. de inut. stip.* §. 4. [illegible] *de act.* Diversa ratio est causæ onerosæ: quia cui pretium abest [illegible], adhuc res ipsa abesse videtur, *leg.* 44. *de verb. signif.*

COMMENTARIUS.

1 *D*[illegible] *etiam cum* [illegible].
2 *Duarum* [illegible] *esse speciem liberationis, & quo ea pertineat?*
3 *Quid si* [illegible] *legata sit* [illegible]
4 *Quid* [illegible] *legata* [illegible]
5 [illegible]

SI res [illegible] tempore facti testamenti legatarii [illegible], legatum inutile est, [illegible] §. [illegible], 10. Quod si [illegible] est, & legatarius [illegible] ex [illegible] causa dominium ejus nactus sit, [illegible] an lucrativa, si ex causa onerosa, actionem ex testamento [illegible], & pretium [illegible], si ex lucrativa, non posse, [illegible], quia duas causas lucrativas in eandem rem & personam concurrere non posse; [illegible]. Causa [illegible] est, ex qua rem [illegible], ut pro ea [illegible] quod [illegible] in emptionibus & permutationibus. [illegible] etiam causa onerosa [illegible], *l. ex promissione*, [illegible]. Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, qualis fuit legatum, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. *si quis*, 20. [illegible] *alter*, 93. §. *si rem*, 6. *de verb. oblig.* *leg. in perpetuum*, 61. *solut. l. unic.* §. *lucrativis. Cod. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit.) Ab eo scilicet, qui sciebat, rem alienam esse; alioqui legatum inutile est, nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4.

Vivo testatore.) Exempli causa hoc dictum putant Glossa & Doctores, idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo, quibus assentior. Nam [illegible] hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nemo hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare possit, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *leg. omnes*, 17. *de oblig. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit [illegible], diem legati cedere a morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant communiter Doctores. Sed ego sublisto propter *leg. non quecumque*, 82. *in princ. de legat.* 1. qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui, nisi die legati cedente, dominium rei adhuc apud legatarium extat.

Ex causa emptionis, &c. *pretium consequi potest.*) *l. plane* 32. § [illegible] 7. *de legat.* 1. add. *l.* [illegible], 45. [illegible], 84. §. [illegible], 5 *eod. tit.* & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; non totam, sed partem, pretium partis, quam emit, consequetur. *d. l. non quecumque*, 82. §. 3.

Duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem.) Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l. si tertias*, 107. [illegible], 4 *de leg.* 1. *l. Mevius* 96. §. 1. *de legat.* 2. *l. nutu*, 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act.* *l. inter stipulantem*, 83. §. *si rem* 6. *de verb. oblig. l. in perpetuum* 61. *de solut.* Est enim duarum lucrativarum concursum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act.* quæ ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. *infr. de inutil. stipul.* 2 Cum enim res, quæ ex lucrativa causa debetur, ad creditorem pervenit ex alia causa lucrativa, cœpit res ejus esse, ut jam amplius ejus fieri non possit, §. *si ita que*, 14 *inst. de act.* Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ea causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quam si ex causa lucrativa nactus esset, [illegible] tamen non videtur habere, ideoque nec ad eum pervenisse secundum veterum doctrinam, quia sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, *l. Labeo*, 14. *de verb. signif.* Porro locus est [illegible], si certa res sit aut species, quæ debeatur: nam si debeatur quantitas aut summa bis, vel bis causa, legata sit, non potest dici eandem rem deberi, *l. plane* 34. § 3. *de leg.* 1. *l. Titia*, 87. *de leg.* 2. quamvis, si [illegible], multiplicatio legati non præsumatur, *d. l. si plane*, 34. §. 4. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l. omnes*, 17. *de oblig. & act.* quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura. [illegible] si sic

si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restituatur, definitio locum non habet, *l. non quecumque*, 82. *in princ.* & §. 1. *de legat.* 1. *l. in perpetuum*, 61. *de solut.* tac. *l. anul*, 71. *de verb. signif.*

(3) *Si ex duobus testamentis eadem res* Ait, *duobus*, id est, *duorum testamentis*. Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque, vel rem consequi vel rei æstimationem, *l. plane*, 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe sæpius idem legando non amplius testator legatum, *l. si alii*, 42. *de usufr.* nec tam legasse toties, quam sæpius locutus creditur, *l. Mævius*, 66. §. *cum*, 5. *de legat.* 2. *leg. si tibi*, 86. §. 1. *de legat.* 1. nisi manifeste constet ampliandi legati causa sæpius legasse; ut in hac specie: Duos qui scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidum legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, *l. quid ergo*, 53. §. 2. *de legat.* 1. (4) Ait *eadem res*, id est, *eadem species*, *idem corpus*; nam si eadem quantitas eidem duorum testamentis relicta sit, puta centum aurei, solidum legatum ex utroque testamento peti potest: quamvis si in eodem testamento non aliter placeat legatum sæpius præstandum, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetitio legatum, quam voluisse multiplicare, *d. l. plane*, 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & ibi Glossa & communiter Doctor. Duaren. *ad l. plane*, ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per *l. cum [illegible]*, [illegible] *ad d. leg.* Baldus, Cath. [illegible] Jas. *in d. l. plane* §. 1. Gomez. [illegible] *l.* 12. *num.* 38.

(5) *Utrum rem, an æstimationem*; Igitur quod scriptum est *in d. l. plane*, 34. §. 2. si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere me posse, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero æstimationem, id cum distinctione accipiendum est, ut si prius æstimationem ex altero consecutus sim, ex altero rem adhuc petere possim: non autem, ut possim æstimatione agere, si rem antea consecutus fuero: [illegible] æstimatur, Grot. 2. *manud.* 22. Nec obstat huic distinctioni *l. huiusmodi*, 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui [illegible] rei legatæ [illegible]. Nam in specie [illegible] hæres [illegible] id duntaxat [illegible] intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut [illegible] legato [illegible] commodum repræsentationis [illegible]. Ratio [illegible] propositæ distinctionis [illegible] *l. tantum*, 88. *de verb. signif.* ubi docet [illegible], eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam: re enim æstimationem contineri, æstimatione rem non contineri; ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Ad hæc etiam [illegible] ad rem esse potest supra æstimationem, *l. si in [illegible]*, 35. [illegible]

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, quæ in rerum natura non est, [illegible], veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.*

COMMENTARIUS.

1. *Purumne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale? & plenius num.* 2.

QUÆ in rerum natura non sunt nec actu, nec potentia, frustra & inutiliter leguntur, veluti si hippocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit: quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, §. 1. [illegible] *l. [illegible]*, 108. *[illegible] quæque*, 10. *de legat.* 1. Quæ vero in rerum natura nunc quidem non est, sed [illegible], aut futurum speratur, legari potest, licet [illegible], ut actu in rerum natura nunquam existat; veluti si fructus legentur, qui in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arethusa natum erit, aut insula in flumine nata futura, *leg. quod in rerum*, 24. *in princ. de legat.* 1. *l. etiam ea*, 17. *de legat.* 3. *l.* 1. §. *ult. de cond. & demonstr.* Cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuisse docet Cajus *lib.* 2 *instit. de legat.* §. 3. De eo quæritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale? Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum Gloss. & DD. communiter *ad leg. cum illud*, 25. §. 1. *quand. dies leg. ced.* Gomez. 1. *resol.* 12. *num.* 24. quod mox perfectius intelligetur.

Fructus, qui in illo fundo. Ille casus huc non pertinet, quando quis simpliciter legat certam quantitatem frumenti, vini, aut olei, quæ omnino præstanda est; sed quando legantur fructus aut certa quantitas fructuum, qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, hæredem meum dare jubeo*, *d. l. quod in rerum*, 25. *de leg.* 1. *l. [illegible] leg.* 1. Ex his autem legatis, si nihil natum sit, nihil debetur: si non tantum quantum legatum, non amplius debetur, quam quantum natum est, proinde quasi testator per modum taxationis legasset, *si [illegible] tantum natum fuerit*, *d. l.* 3. [illegible] §. 2. *de leg.* 2. Et hoc est, quod Pomponius significat, cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & demonstr.* ex natura nimirum ipsius rei, [illegible] 73. *in princ. de verb. oblig.* existentem, non ex testamento venientem. Hujusmodi autem generis conditiones, cum non impediant, quominus dies legati a morte testatoris cedat, mercuonque, licet [illegible], legatario, ipsi legati transmittantur ad hæredem, *l. cum [illegible]*, [illegible] §. [illegible] *l.* 6. §. 1. *quand. [illegible]* [illegible] dictum est, tales conditiones non [illegible] conditionalia, *l. [illegible]*, 99. *de cond. & demonstr.* [illegible] præcipuus hic est [illegible] effectus, ut non transmittantur [illegible] conditione, *l. [illegible]* §. 2. *quand. dies leg.* Nec obstat *l. [illegible]* loquitur enim de legato [illegible] in qua deputet est dubium, & quia [illegible], &

quis hæres electurus sit. Nondum autem edito partu, electioni locus non est. Utique vero legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hactenus habentur, ut nulla eo nomine obligatio, aut actio esse intelligatur, antequam res natæ sint, & tunc demum actio incipiat, cum per rerum naturam præstari possunt, *dict. leg. interdum*, 73. *de verb. oblig.* Obiter & illud hic moneadus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiamsi fundus adjectus sit, non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, etsi ex fundo tantum percipi non possit, *l. Lucius*, 12. *de alim. leg.* L. *l. Paula*, 27. §. *ult. de legat.* 1.

TEXTUS.

De eadem re duobus legata.

8. *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniunt ad legatum, scinditur inter eos legatum, si alter deficiet, quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat:* Titio & Seio hominem Stichum do, lego: *Disjunctim ita*, Titio hominem Stichum do, lego: Seio hominem Stichum do lego. *Sed & si expresserit eumdem hominem* Stichum, *æque disjunctim legatum intelligatur.*

NOTÆ.

8. *Si alter deficiat, totum ad collegatarium*] Si plures sint vel conjuncti, vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur, disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, *l.* 34. *ad l.* 3. *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere; illis non nisi volentibus, his etiam invitis, *d. l. unic.* §. 11.

Titio & Seio hominem Stichum do, lego] Hi re & verbis conjuncti, dicuntur, *l.* 142. *de verb. signif.* Quod si [illegible] adjecerit, *æquis partibus*, tum verbis conjuncti [illegible]. *d. l.* 142. *d. l.* 69. inter quos tamen & ipsos jus accrescendi datur locus, ut [illegible] *d. l. fin.* [illegible] quod illic eis tribuitur, [illegible] jus accrescendi.

Disjunctim] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur; triplex enim conjunctio est, *dict. l.* 142. *d. l.* 89.

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit jus accrescendi?*
2. *In hæreditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & [illegible]?*
3. *[illegible] portiones quibus pro qua parte accrescant?*
4. *[illegible] in legatis, sed ex sola præsumpta [illegible] effectu, & [illegible]*
5. *[illegible] genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*
6. *[illegible] locum non esse, nisi inter conjunctos, & [illegible] conjuncto.*
7. *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos vere conjunctos esse, & num.* 10.
8. *Quibus pro quarta parte defecta pars collegatarii accrescat?*
9. *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*
10. *Singulos tam conjunctorum, quam disjunctorum diversa consideratione, recte & totum habere dici & partes.*
11. *Quid sit partes ab initio facere, notato Gothofredo & Vinnio?*
12. *Locus Ulpiani in* l. plane, 34. §. si conjunctim, 9. de legat. 1. *expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri*,
13. *An partem faciat, qui e conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax?*
14. *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat?*
15. *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat?*
16. *Quibus argumentis probari videtur, verbis conjunctos non conjunctos non esse; quibus item contra?*
17. *Communis sententiæ, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*
18. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimentorum?*

1) Tangitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse, vel subtilior, vel perplexior. Jus accrescendi est, quod deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, *l.* 3. §. *ult. de bon. poss.* junct. *l. hæreditatis*, 38. *de verb. signif.* & *l.* 2. *d. d. tit. de bonor. possess.* & eos quoque, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, *l. Papinianus*, 43. *cum l. seq.* §. 1. *l. antep. ad Senatusc. Trebell. l. si totam*, 83. *de acquir. hæred.* Gomez. 1. *resol.* 1. *num.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *leg. ultim.* §. *unic. Cod. de cad. toll.* Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. (2) Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse*, *l.* 4. *Cod. de rep. hæred.* Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare*: l. 2. & *l.* 2. *de acquir. hæred. l. quidam*, 20. *C. de jur. delib. l. unic.* §. *his ita*, 10. *C. de caduc. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstravimus supr. in §. *hæreditas*. 5. *de hær. inst.* Si vero non prohibuerit, interpretatione jus etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tamquam ex tacita substitutione, *leg. si Titio*, 62. §. 1. *de legat.* 2. Vid. Osval. Hilliin *in notis ad* Donellum *lib.* 7. *cap.* 12. & 26. (3) Ergo qui ex aliqua parte hæres exstitit, sive ex testamento, sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *leg. hæredi*, 32. *l. qui ex duobus*, 53. §. 1. *de acquir. hæred. l.* [illegible] *de suis & leg. hæred.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scil. et alieni & legatorum, *d. l. unic.* 1. *his ita*. 10. *Cod. de cad. toll.* Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint, sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti, aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjunctim solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo, sed pro portionibus hæreditariis;

& in distributione, si permixtim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet, conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quam singuli disjuncti, *l. plane*, 34. *in princ. de legat.*1. *d. l. unic.* §. *his ita*, 10. Eademque ratio est hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. *cum filius*, 6. *infr. de hæred. quæ ab intest.* fratres & fratrum filii, *Nov.* 118. §. 3. Valet idem & jus in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu nonnihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligit, & legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant, solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, &, si singulis res singulæ relictæ sunt, uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l. hujusmodi*, 34. §. *pen. de legat.*1. Deinde cum deficientis hæredis portionem cohæres etiam invitus, & cum onere semper accipit, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum, sed cum onere accrescant; si separatim, invito quidem, sed sine onere, *l. unic.* §. *ubi*, 11. *C. de cad. toll.* Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficienti portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quemadmodum deficiens potuit: ea autem admissa, etiam onus ei adjunctum subire debet, *arg. l. qui in jus*, 117. *de reg. jur.* Utrumque contra in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet, quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere, quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat *in dict. leg. unic.* §. *ubi*. 11. *vers. sin vero*, & facit *lex* 4. *de leg.* Gomez. 1. *resol.* 10. *num.* 42. Bartol. & communior Doctorum *in dict. leg. unic.* & *in l. re conjuncti*, 89. *de legat.* 3. Duren. *de jur. accresc.* 11. (5) Jure veteri fuit in hac quæstione nulla in legatis ipsis differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficientis accrescebat: si per damnationem, manebat penes hæredem: at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur, sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. *tit.* 24. Cajus *lib.* 2. *tit.* 5. atque ex parte Justinianus *d. l. unic.* §. *ubi*, 11. Hæc differentia etsi novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocumque genere legata & quocumque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accurate ad normam novi juris a Compilatoribus descripta sunt: quod est maxime, quod hanc quæstionem tam perplexam facit. VINN. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Em. Merill. *Var.* Cujac. *l.* 1. *c.* 39. Noluit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret: voluit si collegatarius haberet liberos: voluit in usufructu, aliisque casibus, de quibus Jan. a Costa *ad* §. *ult. Inst. de Senatusc. Orphic.* & Jac. Gothof. *ad L. Jul. & Pap. Caduc. c.* 19. HEIN. (6) Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur, ratione rei conjuncti sint) locus sit juri accrescendi, nec olim etiam fuerit inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l. triplici*, 142. *de verb. sign.* & *l. re conjuncti*, 89. *de leg.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diversæ, quamvis una ratione, *l. hujusmodi*, 84. §. *pen de legat.* 1. nec quibus res eadem a diversis testatoribus, *l. si sub conditione*, 16. *quib. mod. usufr. amitt.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l.* 1. *in fin. princ. de usufr. accresc.* jus conjunctionis aut accrescendi habere. (7) Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eamdem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l. triplici*, 142. & *d. l. re conjuncti*, 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum: quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eamdem hæreditatem aut rem vocantur, ut *Titius hæres esto. Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do, lego. Sejo fundum Tusculanum, aut eumdem fundum do, lego*; alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego*: alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eamdem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæredes sunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do, lego*. Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie horum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis est, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione*, 16. *quib. mod. usufr. amitt.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est, quam ut sciremus, inter eos, qui conjuncti sunt, jus accrescendi esse, inter alios non esse, quamvis sint, qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus, omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores: & nimirum eos, quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos, quam quos conjungit res tantum, oratio separat: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. plane*, 35. *in pr. de leg.* 1. *l. hær.* 163. *de hær. inst. l. un.* & 10. & *seq. C. de cad. toll.* & apud Ulp. & Cai. Estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant *d. l. re conjuncti*, 88. *de leg.* 4. *d. l. hær.* 63. *de hær. inst. d. l. un* §. *his ita*, 10. *v. sin vero*, ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane si testator plures una ratione comprehenderit, non eo animo, ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet, tum si quis ex his defecerit, cæteri non plus in hujus portione juris habebunt, quam alii, qui aperte oratione sejuncti sunt, *l. si quis*, 66. *de hær. inst.* (8) Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmo-

admodum & ab initio omnibus in eadem concursus æquæ & viriles partes datæ intelligantur, *d. l. un. §. [illegible]* 11. *l.* [illegible] 19. §. *ult. l. servum* 67. §. 1 *de leg.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sint, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex disjunctis, *l. plane*, 34. *in princ. d. tit. d. l. un. §.* [illegible], 10. [illegible] [illegible] potest. In accretione [illegible] sunt [illegible] notata sunt [illegible] *sup. de usufr.* Attigi [illegible] omnia, quæ in hac materia [illegible] maxime [illegible], [illegible] in[illegible]telligi, & de [illegible] judicari poterit, [illegible].

Eorum [illegible]) Quod [illegible] antea tetigimus, hic [illegible] [illegible] est, nimirum non esse [illegible] [illegible], nisi ad eamdem rem plures vocati sint, aut, [illegible] legata [illegible] non esse, [illegible] *Titio* [illegible] *Sti-chum do lego* [illegible] *Titio,* [illegible] *do lego, l. huiusmodi,* 84. §. [illegible] 1. Sed etsi singulis partes [illegible] [illegible] [illegible] atque alteri, [illegible] [illegible] non ad [illegible], sed ad [illegible] [illegible]. Non enim quia partes [illegible] & inter se [illegible], eo minus [illegible], quarum [illegible], *l.* 5. *de usufr.* [illegible]. Neque [illegible], quod ex duobus hæredibus [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], *l.* 1. [illegible] §. [illegible] 10. *Cod. de* [illegible]. At [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *l.* [illegible] *de leg.* 2. Nam [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] *ratio.* [illegible] [illegible] [illegible] *l.* [illegible] 33. [illegible] [illegible] [illegible], & [illegible] [illegible] [illegible] *l.* 3. [illegible]

[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible], *d. l. un.* §. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible]

gata, si et disjunctim: & hi sunt, qui in specie reconjuncti appellantur, *l. triplici* 142. *de verbor. sign. l.* [illegible] 89. *de legat.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nullæ inter hæc genera differentiæ, cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti sunt.

Semel tur inter eos legatum) Hoc aliis [illegible] dicitur, [illegible] *partes* [illegible], aut *concursu partes habent*, [illegible] §. [illegible] *l. plane* 34. §. [illegible] 10. *de legat.* 1. *l.* [illegible] 80. *de legat.* 3. *l.* 7. *Cod. de legat.* Estque hoc [illegible] argumentum, in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim, sive disjunctim eadem res duobus legata sit, non partes ab initio factas, sed [illegible] singulis relictam intelligi. Quod tamen cum dicimus, non hoc significamus, singulos simpliciter habere solidum, aut unumquemque solidum petere posse, non exspectato casu, quo alter deficiat; aut alterum rem, alterum æstimationem consequi; quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura, testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un.* §. [illegible] 11. *C. de cad. toll. l. si pluribus* 33. [illegible] 1. quo in loco valde conspicua sunt [illegible] Triboniani; sed habere solidum, considerato eventu alterius deficientis; idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est, testatorem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjunctim [illegible], seu singulis eamdem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum alioque ea [illegible] pars deficientis rediret ad hæredem. Concursu io autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte dicuntur, easque etiam in hunc eventum habeant ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum utroque concurrente, quod utique futurum speravit testator, totum singuli habere non possint. Licet autem diversa consideratione & totum & partes singuli habere videantur, tamen totum habere potius dicuntur ad differentiam eorum, qui simpliciter & omnimodo partes habent, nec eis demum concursu faciunt, quales sunt, quibus partes tantum ab initio assi[illegible]. Cæterum [illegible] tam conjunctos, quam disjunctos [illegible] ab initio [illegible], id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpian. *d. l. plane* 34. §. [illegible] *de legat.* 1. expresse scribit, si conjunctim res leget, partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos, in quorum persona consistit legatum; verum eos quoque, quorum in persona non consistit. Hunc locum [illegible] non putant, qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est. [illegible] Gothofr. in notis ad *l.* §. [illegible] scribit, *partem facere, non quorum persona* [illegible] *partem* [illegible], [illegible] contra manifestam [illegible] sententiam & perpetuum illum juris auctorem, cui partem facere est facere, ut qui partem [illegible] in eo, [illegible] totum habiturus esset, si solus esset, aut impediret, ne totum ad alterum pertineat, ut colligitur ex *l.* 8. §. *quoniam d. l. aut repudiantis* 77. *de vulg. & pup.* [illegible] *l.* 7. [illegible] *l. huiusmodi* 84. §. *si Titio* 8. *de legat.* 1. [illegible]. Et igitur [illegible] errat Govean. [illegible] scribit, eos qui partem faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem ius accrescendi excludatur, necesse est partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eos [illegible], non quia pro parte ab utroque legatum vin-

[illegible]

dicetur, sed quia utroque solidum vindicante res, inter eos dividitur. Tot errores, & errores conspicui, quot pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio habeant, in his dici non potest, partes ab initio fieri, sed tantum concursu; quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes habere ab initio, quam partes ab initio fieri? Utroque enim significatur; alterum hoc casu solidum habere nunquam posse, seu quod idem est, jure accrescendi non esse locum; & quamvis qui partem facere dicitur, non concurrat, aut concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur, ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum, quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet, quam delatum est; at in eventum, quo uterque concurrit, singulis non solidum, sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *decad.* 40. *err.* 9. Quamobrem miror, D. Swasembrug. locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani descripserit *c.8. tract. de jur. accrescendi*. Quid ergo responderemus ad dict. locum Ulp. *in l. plane* 34. §. *si conjunct.* 9. *de leg.* 1. ubi tam diserte Jurisconsultus ait *conjunctis partes ab initio fieri*? Ant. Faber id, quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis, restringit ad verbis conjunctos tantum, qui etsi ne conjuncti quidem, si Fabro credimus, in hac dispositione habeantur. Sed perperam, meo quidem judicio. Rectius autem locus ille refertur ad legata per damnationem, aut potius ad legem Juliam Papiam & jus caducorum: ut adeo dicamus de iis ibi agi, qui vel ante mortem testatoris vel ante apertas tabulas defecerunt, quibus quod adscriptum erat, caducum fiebat, ut in favorem fisci hi partes facerent, quæ alioqui vel in hæreditate mansissent, vel accrevissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis nihil accrescebat nisi post diem legati cedentem (cedebat autem demum ab apertura tabularum) legatarius decessisset, aut tempore facti testamenti non fuisset in rerum natura, cui quod relictum erat, pro non scripto habebatur, *l. unic.* §. 1. *& seqq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est *in leg. hujus tit.* 84. §. *si a Titio* 8. *de leg.* 1. Plane illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari, quam conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur, quod consideravit Justinianus *d. l. unic.* §. *ubi autem* 11. sed tamen nec disjunctis soli cuilibet simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

Si alter deficiat) Non potest dici deficere, in cujus persona legatum nunquam constitit: veluti si quid ei datum sit, qui eo tempore, quo testamentum conficiebatur, in rebus humanis non erat, puta diem suum functus, cum id testator ignoraret: aut ei, cui cum testamenti factio non est, sive incerto, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter e conjunctis aut testamenti tempore jam mortuus sit, aut capere ex testamento nequeat, partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem, qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse, testatur Justinianus *d. l. unic.* §. 3. *C. de cad. toll.* Puto autem, & quod ei, qui capere non poterat, conjunctim cum alio relictum erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quo jam æque quam illud pro non scripto habebatur, *arg. l. 1. Cod. de hær. inst.* quod tamen non aliter procedebat, quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. plane* 34. §. *si conjunctim* 9. *de leg.* 1. ubi Jurisconsultus ait, etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non consistat, conjuncto partem facere, innuens, ut paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum) Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani *in fragm. t.* 24. §. 11. *& seq.* ubi scribit, partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est, in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

Vivo testatore decesserit, vel alio quoque modo) Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui e conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum, aut deportatione, ut ex dict. loco Ulp. manifestum est: idque quod huic relictum erat, dicebatur esse in causa caduci, *d. l. un.* §. 2. *C. de cod. toll.* sed nunc certo jure conjunctis in eamdem rem accrescit sine discrimine generis legati aut modi legandi, *d. l. un.* §. 4. §. 10. *& seq.* Verum quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars ejus ex lege fit caduca; aut post aperturam tabularum, ex quo legati dies ex lege cedit; & hic quidem, quod ei adscriptum est, non fit caducum, jam enim ei deberi cœpit; cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 4. & pass. quand. d. leg. ced.* & textus est in *l. 4. in fin. pr. de alim. leg.* Ex constitutione autem Justiniani, cui placuit diem legatorum statim cedere a morte testatoris, effectum est, ut idem juris nunc sit etiam in parte decedentis ante aperturam tabularum, ut scilicet nec ea caduca fiat, nec tamen accrescat collegatario, sed ad hæredem similiter transmittatur, quemadmodum, si solus esset, totum transmitteret, *per d. leg. un.* §. *in novissimo* 5. Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

Totum ad collegatarium pertinet) Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus sicut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. plane* 34. *in pr. de leg.* 1. *leg. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. *l. l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere, quod disjunctis, sine onere, *d. l. un.* §. *ubi autem* 11. *fub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego) Quod in his, quibus quid conjunctim legatur, Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet, ut negent, inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Govean. *n.* 6.

Ho-

Hotom.6. obs.11. Ant. Fab. conj.1. & dec.40. err.4. D. Sveen. de jur. accresc. cap.8. Sed sane hoc argumentum perexiguum ad illud probandum pondus habet. Nam ut taceam, quo nihil certius & notius est, exemplis neminem uti solere ad restringendam regulam, nulla hoc loco est conjunctorum inter se oppositio: sed conjunctorum, id est, eorum omnium, quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid legatur orationibus diversis, ut licet in exemplo proposito Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non considerentur, sed ut conjuncti simpliciter: ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitus inquirere. Illud pro constituto habendum atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos, ad quos quidem jus accrescendi pertineat, nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii, quibus res diversæ relictæ sunt, quamvis una oratione pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do, lego*: utut verbis conjungantur, *l. hujusmodi* 84. *§.pen. de leg.*1. neque alia, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l.* 1. *in fin. princ. l. pen. de usufr. accr.* Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti, qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum, non sint simul re conjuncti, ex superiori definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo, *Titio & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do, lego*, constat, Titium, & Sejum verbis conjunctos esse & appellari: sed jus accrescendi inter eos verborum conjunctio parere non potest, si non etiam accedat conjunctio ipsius rei. Non esse re conjunctos; ipsa appellatio statim a principio indicare videtur. Dicuntur enim verbis tantum conjuncti, *l. triplici* 142. *de verb. sign.* item verbis conjuncti, non etiam re, *l. re conjuncti* 89. *de leg.* 3. Idem videtur ostendere expressio partium singulis attributarum: nam utut hæ partes individuæ sint; sunt tamen diversæ, ut dici non possint re conjuncti, aut singulis relicta eadem res. Denique non est realis conjunctio, nisi inter eos, qui solidum ex judicio defuncti habent: verbis autem conjuncti non solidum, sed partes habent, easque expressas verbis testatoris, ut proinde & partes ab initio habere, *l. plane* 34. *§. si conjunct.* 9. *§. de leg.* 1. & semper partes habere dicuntur, *l. re conjunct.* 89. *de leg.* Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos, quos hic vocamus, etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do, lego ex æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eamdem rem, dum simul & semel eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam etsi hæ partes non exprimantur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, *l. qui fundus* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur, tamen si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius* 69. *de her. inst.* ut omnino verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æque exprimantur, in his non item, judicio autem defuncti pari jure censeri, *arg.* §. 16. *in fin. de leg.* 1. Sed cur igitur dicuntur verbis tantum conjuncti, conjuncti verbis, non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti sunt; re plane disjuncti: sed quia tales videntur in comparationem re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hæc genera separat, & adscriptus æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res diversas facere videtur; quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus judicio cum pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro sequitur, si re & verbis conjuncti solidum ab initio ex voluntate testatoris habere intelliguntur, & solidum habere eodem modo intelligi singulos verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l. conjunctim* 80. *de legat.* 3. ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *tota legata singulis dare, partes autem concursu fieri*. Quæ definitio, cum generalis sit, dubitandum non est, eam ad verbis quoque conjunctos pertinere, & quod expresse partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus sic a prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis, simpliciter velit singulas partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant; sed quod cum sciret, si concurrerent ambo, quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit, quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eamdem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit, quam hæredem suum. Sed, inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l. re conjuncti*, 89. Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo loco, docendi gratia, distinguit verbis conjunctos a conjunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur: quia verbis conjuncti partes habeat externa forma verborum: re & verbis conjuncti non habent. Neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpian. scriptum est, si conjunctim res legetur, partes *ab initio* fieri, *d. l. plane*, 34. §. *si conjunctim*, 9. *de legat.* 1. id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam ad conjunctos verbis tantum; ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l. hujusmodi*, 84. §. *si a Titio*, 8. *eod.* In *l.* 7. *de legat.* 2. aperte Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium *l.* 16. *de legat.* 1. arguit ejusdem *l.* §. *ult.* Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere; quippe cui toties locus est, quoties res eadem duobus in solidum legata est, sicut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa, sive ex tacita, *l.* 4. *de usufr. accr.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib.* 1. *de jur. accr. c.* 10. Bar. *in comm. ad hunc* §. Donello, 7. *comm.* 13. & 8. *comm.* 21. Cæd. *ad l. tripl.* 142. *de verb. signif. num.* 12. Confirmatur hæc sententia primum aperto textu *l.* 16. §. *ult. de leg.* 1. ubi non solum qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est, conjunctus verbis tantum; *arg. d. l. triplici* 142. non concurrente altero, totum vindicare dicitur. Deinde ex eo, quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quam is, qui re tamen conjunctus est,

est, *d. l. re conjuncti 39. de legat. 3.* siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Fabr. *dec. 49. err. 89.* respondet, verbis conjunctos, licet per se disjuncti sint, ex accidenti tamen & post facto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo, qui illis re conjungatur. Nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eamdem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere, aut aliis præferri volumus; considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod a Javoleno responsum est, in hac specie, sit testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solum, sed etiam Titio accrescere, *l. Mævio, 41. in pr. de legat. 2.* Nam Mevius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantum, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresse testatur. Ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse, apparetque, legatum hoc sic a Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti: Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cum totus fundus legatus est, utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius amboæ dimidiæ ei legatæ sint; similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri ususfructus ejusdem fundi legatus est, *l. si alii, 19. de usufr. l.* quod plenius & eleganter explicat Don in *epist. ad Albert. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus, quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos, non disjunctos, appellamus? Non obstat communi sententiæ, quod Celsus *l. & Proculo 20. de leg. 2.* respondit servo communi quod legatum est, id si aliter dominorum omitteret, alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt; & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur; fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At vero non est jus conjunctionis nisi inter eos, quos testator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronuntiat, re separatos videri quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legatæ: sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legatæ proprietate: utpote quæ difficilius accrescit, quam usufructus, *l. 1. §. 5. d. 1.* Sed bene mihi videtur respondere Donellus, id quod in *d. l. pen.* dicitur de æquis portionibus, accipiendum esse non de portionibus rei, cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum a quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cum alius ab alio hærede usufructum vindicet.* Bene autem Papinian. negat, in hujusmodi specie legatarios in eamdem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est, sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic quæstioni non locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat, partem repudiare permittit: & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit; quamquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet: plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. 18. *in d. l. re conjuncti 89.* Gomez. 1. *resol.* 10. Grass. §. *accrescendi*. Ant. Fab. *dec. 49. & 50.* Christ. *vol. 1. dec. 312. & 2. seqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Anton. Fumæum, Jo: Svev. Corn. Swanemb. Dom. Grotius *lib. 2. manud.* 23. scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipue rationem haberi, quod propius abesse videtur a sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantum & rei pretio, verum etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris, tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16 §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dom.* quod computatur cum jure accrescendi, *l. 33. infr. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut recte Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte cum agere & fundum petere, Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

NOTÆ.

9. *Quia usufr. severitatis locum*) Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l. 10. l. 19. de usufr. legat.* l. 58. *de verb. obl.* R. in casu proposito eo verbo nudam dumtaxat proprietatem significari, ut usufr. intellectu a fundo separetur, & tamquam servitus consideretur: quoniam propriatas, quæ adest ex causa onerosa, adhuc abesse intelligitur, *leg. 14. de verb. signif.* fac. *l. 25. eod.* junct. *l. 66. de jud.*

Jubeat æstimationem præstari) Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l. 82. §. 2.* Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitæ æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam §. 6. sup.*
2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur?*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatur.*
4 *Anton. Fabri opinio confutata.*
5 *Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitæ æstimationem.*

(1) HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. *si res aliena 6.* ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit

inte,

interesse, utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extingui, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi; hoc casu contra, legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eamdem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto hîc traditum est, id etiam valet in partibus, ut, si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit, detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta mortuo fructuario aut capite minuto, atque ita ex causa lucrativa, perinde hoc habendum, ac si pars rei ex causa onerosa, pars sine onere ad eum pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtineret, *l. Mævius 66. §. penult. l. cum fundus 76. §. dominus 2. de legat. 2. l. qui usumfructum 58. de verb. oblig.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi, tradit hîc Justinianus post Julianum in *d. l. non quocumque 82. §. 2. de legat.* 1.

Recte eum agere & fundum petere] recte, idest, *impune sine metu cadendi causa*; quæ pœna est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. *si quis agens* 33. *inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere, fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam duntaxat proprietatem emerit, ususfructum adeptus sit gratis: neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non *διατίμησιν*, æstimationem, ut male Theoph. & Par. quod arguunt sequentia.

Quia ususfr. in petitione servitutis locum obtinet] Poterat objici, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque aperte plus petere, si simpliciter fundum petat; quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l.* 10. *l. si alii* 19. *de usufr. leg. l. qui usumfructum* 58. *de verb. oblig.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait, ususfructum in proposita petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, cum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus, quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tamquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum, & alias cum ususfructus separatus est, appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l. recte* 25. *de verbor. significat.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne utique formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis* 66. *de judic.* Scio, longe aliter hunc locum ab aliis explicari: sic enim fere cæteri existimant, quod Justinianus hic ait, legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium recte, idest, strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amittionis causæ, fundum petere, ut ea petitione & proprietatem & usumfructum comprehendat, aut posse cum ipso jure petere solidi fundi æstimationem; & quod mox pro ratione Justinianus affert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor, me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo. *Aio, te mihi fundum Sempronii, legatum mihi a Titio, dare oportere*; ut hæc sit formulæ illius intentio, *Aio, te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum, aut solidi fundi æstimationem.* Sive in ea intentione consideretur ususfructus ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut a proprietate separatus & tamquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita obstare regulam juris, quæ non patitur, duas causas lucrativas circa eamdem rem & personam concurrere: si hoc modo adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu negas, fatendum tibi erit, peti quod legatum non est. Immo vero nego, unquam eum, qui fundum petit, posse intelligi usumfructum jure servitutis petere. Quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l. 5. in princ. si usufr. pet.* aut nudam, *l. recte dicimus 25. de verbor. significat.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis aperte, ut mihi videtur, probat, quod apud Julianum in *d. l. non quocumque* 82. §. 3. *de legat.* notat Marcellus; ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita a Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obscure innuit; nec in præcedenti specie Juliani solidum recte peti: alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longe esset dissimilis. Anton. Faber 6. *conject.* 8. ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte peti, utut ea intentione nuda proprietas petita esse intelligatur; quoniam ait, nec apud Julianum, nec alibi hoc traditum, & quod meum est, amplius meum fieri non potest. Sed ut supra in §. 6. ostendimus, quod ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, interpretatione juris perinde haberi, ac si non pervenisset, propter pretium, quod ei abest, *l. 14. de verbor. significat.* & refellit Fabrum *l. ex promissione 19. de verb. act.* ubi diserte Julianus scribit, eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex causa lucrativa petere: tum etiam manifeste locus Marcelli modo citatus. Nam si partem fundi, quam ex causa onerosa consecutus sum, recte peto, cur prohibear proprietatem petere, quæ ex tali itidem causa apud me est? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, aliis non æstimo.

Sed officio Judicis continetur, &c.] Quamvis ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit, ut condemnatio fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est, *l. ut fundus* 18. *commun. div.* evenit tamen nonnunquam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem: veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit,

sit, *l. si ex legati 23. de verbor. obligat.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione 19. de obligat. & ult. l. hujusmodi 84. §. qui servum 5. de legat. 1. §. si res 6. sup. eodem*. Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocumque 82. §. 3. de legat. 1.* & in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *dict. leg. non quocumque 82. §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum condemnet, non in rem petitam, puta ut fundum præstet deducto usufructu; nam proprietatem fundi jam revera petitor habet: sed ut præstet fundi deducto usufructu æstimationem; hoc est, ut tantam pecuniam legatario det, quantum ille venditori pro fundi nuda proprietate persolvit. Julianus hoc sic expressit: *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori aberit*, *dict. leg. non quocumque 82. §. 2.*

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa res, nec æstimatio ejus.*

NOTÆ.

10. *Licet alienaverit eam*) Propter definitionem regulæ Catonianæ *d. l. 41. §. 2.* cui obstat *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si eam vivo testatore alienaverit*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

COMMENTARIUS.

1. *Celsum videri a cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienaverit: tentatur tamen conciliatio.*
2. *Quomodo temperandum, quod dicitur rem suam nemini recte legari?*

SED si) Particula hæc videtur arguere, hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præt. & §. res aliena 6. eod.* Nam ut illic tractatur de re, quæ post testamentum conditum legatarii propria facta est; ita hic de ea, quæ jam ejus est tempore scribendi testamenti. Quid servari placeat, si res quæ legatarii propria est, non ipsi legatario, sed alteri legata aut potius per fideicommissum relicta sit, docebitur *infr. §. 1. de de sing. reb. per fideic. relict.* Hic illud quæritur, an utile sit legatum, si quis legatario ipsi rem, quæ jam ejus est, legaverit. Ait autem Justinianus, tale legatum inutile esse, propterea, quod fieri non potest, ut quis duabus ex causis dominium acquirat, *l. 3. §. ex pluribu. 22. de acq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ, nec emptio valet, *l. nemo 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empt.* Idem rescriptum est in *l. proprias 13. Cod. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l. cætera 41. 2. §. de legat. 1.* Quamobrem nec res, nec æstimatio rei in proposito peti poterit, ut est in *fin. hujus §.*

Et licet alienaverit eam) Ampliatio superioris definitionis. Etsi is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamnum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Catonianæ, quæ non patitur, legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, *l. 1. in princ. de reg. Caton.* quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulp. *d. l. cætera 41. §. 2.* Aliud tamen Celsi judicium fuisse, eumque in hac quæstione dissensisse a cæteris, existimant Cuj. Hotom. Bach. per *d. l. 1. §. 2.* ubi sic Celsus scribit: ***Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus, est si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debebitur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.*** Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstet, quominus verba illa: ***Si eum vivo testatore alienaveris***, dicamus esse testatoris, non Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum, quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit a librario; nec perpetuo observatur; *l. si stipulatus 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. in honorariis 10. de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l. 4. de reg. Cat. d. l. cætera 41. §. 1. de legat. 1.* ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati a Celso proponi tamquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species in §. 1. *d. l. eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excepit. Denique difficulter adduci possum, ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter prompturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen, inquies, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regula, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu, æque inepte & prius exemplum a Celso excipi. Verum ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadverterit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæ etiam verbis regulæ contineantur, excipere: quia cum conditio in utraque specie adscripta talis sit, ut deficiat, si statim testator decedat, si longiuscule vivat, impleri possit, fieri utroque casu potest, ut contra quam regulam definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinet. Cæterum meminerimus quod initio dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipubl. causa aberat, usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere, *l. non quocumque 82. §. 1. de legat. 1.* Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusim, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, *l. senatus 43. §. ult. l. si domus 71. §. penult. l. si tibi 86. in princ. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de lib. leg.* Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usumfructum habeat, *arg. l. cum filius 76. §. 2. de leg. 2.* licet dissentiat Accurs. propter textum in *l. Mævius 66. §. pen. in fin.*

in fin. de legat. 2. Quo in loco vitiose legitur *propter istas caussas*, cum legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *lib.* 5. *ad Afric. in l. et si* 25. *de vulg. & pup. subst.* observavit. Et non nullis in exemplaribus legi testis est Don. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit: nam debitori quod debet, recte legatur, licet dominus eius rei sit, *l.* 1. *in princ. lib. de leg.* vid. *infr.* §. *si quis debitori* 13. VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus, fundo legato etiam usumfructum recte peti, itemque tradendum fundum, si oppignoratus sit, præstandam possessionem, si alius possideat. Ne quis autem existimaret, idem etiam locum habere, si res nostra nobis legata sit, addit; *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas caussas non valebit*. Id est, uti recte interpretatur Oswald. Hillig. *Don. Enucl. Lib.* 8. *cap.* 2. non licebit ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usumfructum multum interest. Rem meam oppigneratam recipere non possum, nisi soluto ære alieno: ususfructus ad me redit, mortuo usufructuario, vel ex aliis caussis. HEINECCIUS.

TEXTUS.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

NOTÆ.

11. *Plus valet, quod in veritate*) Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu etsi verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret: quoniam si suam esse testator scivisset, multo facilius eam legasset, per ea quæ *sup.* §. 4. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Male ad priorem speciem hujus* §. *accomodari regulam. Plus valere, quod in veritate, &c. & qua ratione isto casu sustineatur legatum?*

2 *Prædictam regulam pertinere ad casum posteriorem, atque eos actus tantum, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit, in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

Supra §. 4. audivimus, si testator rem alienam suam eam esse putans legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegesi potius est declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de legat.* 1. Hic ex converso docemur, quid juris sit, si testator rem suam legavit quasi alienam; item quid si legavit suam, cum crederet eam esse legatarii, placere autem, utroque casu valere legatum. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, *arg. d. l. unum*, 67. §. *si rem* 8.

Nam plus valet, quod in veritate, &c.) Puto rationem hanc, quod præter Bach. nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non recte hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, verum est, testatorem rem suam legasse, quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredemque suum onerare voluit alienæ rei redemptione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, *d. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* 2.

Sed etsi legatarii esse putavit, valere constat) Ad hunc casum recte accommodabimus regulam: *Plus valere, quod in re & veritate est, quam quod in opinione*. Nam si hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *præced.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent: locum enim tantum in iis habet, in quibus error gerenti non obstat, quominus velit & possit id, in quo errat. Ut ecce in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit, quominus rem suam legare potuerit; neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat, nisi quis dicat, quotiescumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere; quia animus legandi deficit: quod verum non est. Neque enim ideo legatum inutile, quia voluntatem legandi testator non habuit: sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cum quod alicujus jam est, id ejus amplius fieri non possit, §. *præced.* Hæc vero ratio cum cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio. Quod & ipse Justinianus non obscure significat, cum ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest*. Ejusdem generis exempla, atque ad ea eamdem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de man. vind. l. pen.* §. *qui ignoravit* 4. *de jur. & fact. ign.* In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, *l. is qui*, 15. *& l. seq.* junct. *l. qui hæreditatem* 19. *de acq. hær.* nimirum quia in his error impedit quominus fiat, quod fieri vere poterat si quis sciret, quod in re est: ac proinde quod verum est, procedere non sinit. D. Hotoman. sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem*. Quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tamquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubie legatum: e contra si in facto errans rem lagatarii legaverit tamquam suam, non valebit: ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator, posteaque eam alienaverit, Celsus putat, si non adimendi animo vendidit, nihilominus deberi, idemque Divi Severus & Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum prædia, quæ legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: & ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia a creditore luantur. Si vero*

quis

quis partem rei legatæ alienaverit, pars, quæ non est alienata, omnino debetur, pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

NOTÆ.

12. *Si non adimendi animo*) Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur, animo adimendi facta alienatio, *l.* 11. §. 12. *eod.* 3. si libera fuit, contra. Quomodo accipiendi textus in *l.* 8. *eod.* 1. *l.* 15. *de adim. legat. l.* 1. & 3. *de pecul. legat.* &c. aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *leg.* 18. *de adim. leg.* 34. *in fin. de aur. arg. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, necne?*
2. *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*
3. *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum.*

Pertinet hic locus *ad tit. seq. de ademptionem leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere a priore voluntate videtur. Ceterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, nec ne, ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hic docet Justinianus.

(1) *Si non adimendi animo*) Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Et causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est, si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum facile creditur, *l. rem legatam* 18. *l. legatum*, 24. §. 1. *de adim. leg.* ac de hac causa accipiendi textus in *l.* 8. *princ. de legat.* 1. *l. cum servus*, 15. *de adim. leg. l.* 1. & 3. *seqq. de pec. legat.* §. *si quis ancillas*, 17. *infr. item l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim, qui putant, hic in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Mynsingerus est. Quod si causa alienandi necessaria, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic contra creditur id animo adimendi legati ab eo factum non esse; & ideo legatum peti potest, nisi probetur; etiam in hac necessitate adimere ei testatorem voluisse, Probatio autem mutatæ voluntatis hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l.* 11. §. *si rem*, 12. *de legat.* 3. quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare: qui etiamsi maxime legatum valere velit, tamen alienare cogit. (2) Cæterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l. prædia*, 27. §. *liberto*, 3. *de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur. Respondet Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes approbent. At vero si alienatio extra casum necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertus. Respondent nonnulli; in ea specie Scævolæ venditionem vini factam ante factum testamentum. Ego magis Antonio Fabro assentior, qui *lib.* 1. *conject.* 6. respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod venditi*, 19. *d. cont. empt.* §. *vendita*, 41. *supr. de rer. div.* Plane pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptionem summovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt) Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam*, 18. *de adim. l.* junct. *l. fideicommissa*; 11. §. *si rem*, 12. *de legat.* 3.

Qui prædia pignori dedit, admisisse legatum non videri) Pignori datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris manet, eique soluto debito restituenda sit, tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de rem. al. non al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet nisi ab eo, qui necessitate adductus est. (3) Ut proinde recte & superiori sententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus rescripserint, eum, qui rem legatam oppignorat, adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur, *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in *l.* 3. *C. de leg.* Enimvero audiendum nihilominus hæredem existimarem, si paratus sit ostendere, animo adimendi rem a testatore pignori datam.

Cum hærede agere, ut prædia luerentur) Hoc est, ut hæredes de suo tantam pecuniam creditori solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d. l.* 3. *Cod. hoc tit.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub §. *sed etsi*, 5. *eodem.*

Si vero quis partem rei alienaverit, &c.) Hoc omnino præcedentibus est consequens: nam quod juris est in toto quoad torum, id etiam valere debet in parte quoad partem, *l. quæ de totis*, 76. *de rei vind. l.* 82. §. 3. *eod.* Et ideo si pars tantum rei legatæ alienata sit, pars, quæ non est alienata, semper debetur, *leg.* 16. *l.* 8. *in princ. d. legat.* 1. quæ alienata est, debetur, ut non debetur, prout eam animo adimendi alienatam esse constabit.

TEXTUS.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede eius potest hæres petere, neque ab alio, qui hæredis loco sit. Sed potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere ne hæres petat.*

NOTÆ.

13. *Neque ab hærede*) Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l.* 8. §. 3. *de lib. ling.*

Petere) Cum effectu scilicet, quia petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *d. l.* 3. §. 3.

Ut neget eum) Nempe per acceptilationem, *dict. l. 3. §. 5. l. 22. eod.*

Ad tempus) Cujus legati quæ sit vis, disce ex Pompon. *l. 8. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberationem debitori jam certo jure recte legari.*
2. *Quis liberationis legatæ effectus?*
3. *Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere?*

QUod Titius nihil debet, id & Sempronio recte legatur, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub §. tam autem*, 21. *eod.* hoc quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet tit. *Pandect. de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. d. tit.* fac. *l. qui chirographum*, 50. *de legat.* 3. *l. si servum*, 44. *§. cum*, 5. *legat.* 1.

(1) *Legatum utile est*) Liberationem debitori posse legari, jam certus est, ait Jurisconsultus in *l. 3. princ. de lib. leg.* quæ verba arguunt, id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit; significare videtur idem Jurisconsultus *l. 1. pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent, recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie non est, quod est in credito, *legg. 27. §. 3. l. de aur. arg. leg.* Boeth. *in Pop. Pecunia, quæ est in nominibus, non est vestra*. Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, recte legari: quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est; nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

(2) *Neque ab ipso debitore*) Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio, aut protinus ipso jure debitor liberatur: sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi, excipiendo, si debitum hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l. 3. §. nunc*, 3. *l. quod verba*, 22. *de lib. legat.* 25. *in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur, hæredem petere non posse, *l. 2. §. 1. l. si quis*, 15. *eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum efficaciter eam petere, nam exceptionem doli mali repelli.

Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco) Qualis est bonorum possessio, & is, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus a solo Lucio Titio ne petito*: vel, *A Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo*. Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, *l. 5. §. 3. l. Aurelius*, 20. *eod. tit.*

(3) *Ad tempus jubere, ne hæres petat*) Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens a debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum debitor agere non potest, ut liberetur, *d. l. 8. §. 1.* nec per acceptilationem, quoniam acceptilatio in perpetuum obligationem tollit; nec pacto, quod exceptionem perpetuam parit, cum temporalem tantum ex testamento habeat. Ut autem hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quam quod jam habet, exceptionem scilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus est, quod interea usuræ promissæ non debentur, *leg. 88. ff. de rupt. just. l. 177. ff. de verb. oblig.* VINN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet, legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato, quam in debito; quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem, vel sub conditione debitum ei pure legaverit; utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit, vel conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel consistit; quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenerit, a quo incipere non potest.*

NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato*) Nam ut legatum consistat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, *l. 29. de leg. 1. §. 10. ad l. Falc.* Alias non ex testamento agitur, sed ex pristina obligatione, ὡς χρέος ἀπαιτεῖται, Schol Theoph.

In diem, &c.) Vel si alio quocumque modo accidat, ut plus sit in legato, quam in debito, vid. *l. 28. & seq. de legat* 1. aut creditoris inte sit, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *leg. 11. de lib. leg.*

Quia in eam causam pervenerit) In hac sententia videtur & Paulus fuisse, *l. 82. eod.* 2. qui tamen alibi fatetur, novum non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset, *l. 85. §. 1. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito?*
2. *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3. *Quando locus sit regulæ*, Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit unde incipere non potuisset: *& quando locus regulæ contrariæ?*
4. *Pauli a Papiniano dissentientis sententiam a Justiniano improbari.*
5. *Jure C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quam ex debito.*

UT consistat legatum, necesse est in eo aliquid utilitatis aut commodi ab initio versari, quemadmodum sub §. 4. generaliter definimus; ex quo judicandum de legato, quod hic proponitur, si quis creditori suo quod debet legaverit; ut scilicet, si nihil utilitatis aut commodi ex eo legatarius capere possit, ut non potest; si nihil amplius est in legato, quam in debito, legatum non valeat, sin vero emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato sit, quam in debito, utile sit legatum, *l. si creditori*, 28.

cum l. sequ. de legat. 1. *l. Mævius*, 66 *de legat.* 2. *l. legavi*, 25. *sub fin. de lib. leg. l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad leg. Falc.*

In diem vel sub conditione debitum pure legetur) [1 Hæc exempli tantum causa proferuntur; nam longe pluribus modis, quam his duobus accidit, ut plus sit in legato rei debitæ, quam in debito; & totidem modis fit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat. Ut plus in legato sit, quam in debito, primum efficitur debiti repræsentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, pure legetur: sic enim fit ut in legato plus sit tempore, *l. si autem*, 29. *de leg.* 1. *& hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur, legetur loco citeriore aut commodiore: hoc enim loco plus est in legato, quam in debito, *d. l.* 29. Tertio ut plus sit in legato, sæpe efficit nova actio ex testamento; nempe si ea vel efficacior sit vetere, vel plenior. Efficacior est, si vetus removeri poterat exceptione: quæ exceptio legato debito remissa creditori intelligitur, *d. l.* 28. *de legat.* 1. Plenior est, si vel diuturnior, ut si vetus actio est honoraria: ubi ideo legatum valet, quia honoraria actio sæpe temporaria, ex testamento civilis est & perpetua, *d. l.* 28. vel alias uberior; ut est actio ex testamento, quamvis alia ratione stricti juris, propter incrementum usurarum & fructuum, *l.* 3. *l. usuræ*, 34. junct. *l. videamus*, 38. §. *si actionem*, 7. *de usur. l. C. eod.* proinde si id, quod ex stipulatu debebatur, legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l.* 28. §. 1. Et generaliter toties valet hoc legatum, quoties creditoris interest, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, *l.* 11. *de lib. leg.* Erratque adeo perspicue Wesemb. cum negat, ex eo solo videri plus esse in legato quam in credito, quod nomine legati pinguior actio fit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod speciei a debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Cæterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditori legatario fideicommitti potest, *d. l.* 28. §. 1. *d. l.* 3. §. 2. Ubi vero commodum est repræsentationis, pro modo illius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, *l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad l. Falcid. l.* 2. *de dot. prælég.* Si exceptio metuebatur creditoris, fideicommitti potest, *l.* 7. §. *ult. de leg.* 3. VINN. Potest & eatenus pinguius videri legatum, quam debitum, quod quum ex hoc actio duntaxat personalis competat, ex legato etiam nascitur actio hypothecaria, ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* HEIN.

Propter repræsentationem) Id est, qui ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est ante diem aliud præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur solvere. Sueton. *August. c. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. prælég. leg. Publius*, 36. §. 1. *de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib.* 16. *epist.* 14. *Dies promissorum adest, quem etiam repræsentabo, si adveneris.* Seneca *epist. ad Lucil.* 97. *Petis a me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem.* Gloss. *verb. repræsentare*, [illegible], *repræsentatio*, [illegible]. Theoph. omnem accelerationem significat; ut in illis Ciceronis: *repræsentare improbitatem*, *lib.* 16. *ad Attic. epist.* 2. *repræsentare libertatem.* 2. *Philip. cap.* 46. Sic Curtius *lib.* 6. *cap.* 11. *repræsentare consilium* dixit pro *ante diem exequi*.

Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum) Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidiæ adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum fecit, *l.* 1. §. *si quis*, 10. *ad leg. Falcid. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. prælég.* [2 Quod visum monere propter confidentiam Ant. Fabri, qui *lib.* 4. *conj.* 22. contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cum dies venit, aut conditio extiterit, & Falcidiæ locum dari, & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræsentationis duntaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse, temere id colligens ex verbis Papiniani in *l.* 5. *ad leg. Falc. l.* eamque cum Paulo in *d. l.* 1. §. *si quis*, 10. *eod.* & Ulpian. *in d. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. preleg.* qui id diserte negant, nulla necessitate committens. Utique nec rationi convenit, ut Falcidiam patiatur legatarius creditor, aut fideicommissum præstet, qui ex legato præter commoditatem novæ actionis nihil consequitur, nullumque omnino commodum in re sentit. Fac. *l. si creditori*, 28. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Extat responsum Papiniani in *l.* 4. *ad l. Falc.*

Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam &c.) Hic iterum, *ut supr.* §. 11. occurrunt duæ regulæ contrariæ, quarum una definit, *Quod semel utiliter gestum est durare, etiam si ille casus extiterit, a quo initium capere non potuisset.* Altera contra; *Negotium extingui, cum is casus postea incipit, unde incidere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est, aut vera in omnibus causis: *l. in ambiguis*, 85. § 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio; nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, a quo consistere non poterat. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt *l.* 3. *de his qui vel al. jur. l. oratione*, 16. *ult. de rit. nupt. l. donationes*, 31. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* [3 Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediat, quominus negotium recte cœptum ad finem perducatur, placet, quod ante gestum est, resolvi: si non impedit, durare quod bene gestum est, exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata fideicommissa, etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur, ut nihil ad consummationem voluntatis desideretur; reliquum enim adhuc est, ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite postea minutum esse, servum scilicet factum, aut deportatum, aut adrogatum. Dicimus, irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione, conditio personæ testatoris sic mutatur, ut testamentum habere non possit, ac ne hæredem quidem omnino, *l.* 4. *sup. quib. mod. test. infirm. l.* 6. §. *irritum*, 4. *& seqq. de injust. rupt. l.* 8. §. *& seqq. qui test. fac. l. gen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* Finge, servo alie-

alieno quid legatum esse, cumque servum postea a testatore redemptum: dicimus similiter legatum exstingui quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, *l. 3. §. ult. de his quæ pro non script.* Ejusdem generis exempla occurrunt, *leg. inter*, 83. *§. sacram 5. de verb. obl. §. 2. inst. de inut. stip. §. pen. inst. de noval. obl. l. falsus*, 43. *§. ult. de furt. l. pro parte*, 11. *de servit. l. si a me C. 1. de ... l. hunc scripturæ*, 15. *in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi, loquendive, aut bonis ei interdictum. Hic contra dicimus, testamentum, quod antea recte factum erat, nullo horum casuum infirmari; quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, ut potestatem & fortunas suas testatore retinente, §. 1. & 2. *seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 6. §. 1. l. is cui*, 18. *qui test. fac.* tuisse Tonell. post DD. vulg. in *d. l. pen. §. ult. de verb. obl.* Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l. existimo*, 98. *de verb. obl.* 4) Atque in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo pure legaxit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit. Paulus in *l. debitor*, 82. *de l. 2.* aperte dissentit a Papiniano in *l. 5. ... l. ...* Si de non jam mortuo testatore dies venerit, aut impleta sit conditio, concedit Paulus durare petitionem legati; si vivo adhuc eo, ait legatum inutile effici: quamvis ab initio constiterit. Contra Papinianus etiam si vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit, ut etiam antequam dies aut conditio existat, testator mortuus sit; Papinianus unum tantum hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est. 5) Tota disputatio hujus §. 1. quod Compositores ipsi non animadverterunt, hodie inutilis pene & supervacua videtur: vix enim est, ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit, & ius taciti pignoris in ... , *l. 1. C. comm. de legat.* ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra casum legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel a debitore, vel a lege, ut in specie §. proxime sequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractasse videtur Viro eximio, Jacobo Gothofredo in *Comment. ad l. 35. §. 1. ff. de reg. jur. pag.* 391. ... regulas has ita concilat: *Quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel constiterunt, verum etiam utiliter constituta sunt, quorumque DIES utiliter ante casum extantem CESSIT, ea durante, etsi casus exstiterit, a quo initium capere non possent*, nisi rei aut personæ status ... ita mutatus fuerit, ut jam adimpleri res nequeat. 2. *Quæ ex præsenti vires non capiunt, vel postea ... non tamen CONSTITUTA sunt ante casum existentem, denique quorum* DIES *nondum* CESSIT, *ea evanescunt, ... casu, a quo initium ... non potuerunt.* Ex his ... regulis egregie ... quæstiones ... , idem ... ut ... decidit, ... vavit, ... ne-

gotium consistit & *negotium utiliter constitutum est*; quæ diversa admodum esse, nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum: quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, Divi Severus & Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia vel certum corpus, aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

NOTÆ.

14. *Plenius est legatum*) Propter repræsentationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulpian. *tit. 6. §. 5.* Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur, *l. unic. §. 7. C. de rei ux. act.* In legato immobilium etsi non est repræsentatio, Ulpian. *dict. loc. & dict. l. un.* valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis. Vid. *in comment.*

COMMENTARIUS.

1. *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse, quam in obligatione.*
2. *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi?*
3. *Quid juris, si, quæ non accepta est, dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore?*

SI *uxori maritus dotem legaverit*) Exemplum legati rei debitæ; proinde quid hic statuendum sit, discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato, quam in debito, legatum valeat; nihil amplius, legatum sit inutile.

Quia plenius est legatum, quam de dote actio) Hæc verba arguunt, veteres semper existimavisse, plus esse in legato quam in obligatione dotis, ut proinde relegatio dotis non potuerit jure veteri valere, facit *tit. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐνιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ id est, tribus annuis pensionibus redderetur, legatum autem statim peti poterat, *l. 1. §. 2. l. 2. de tit.* Ulp. *tit. 9. §. 5.* aut commoditas novæ actionis. nam etsi cæteræ dotes statim reddebantur, teste Ulp. *dict. l.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur, cum pro dote repetenda personalem tantum actionem ei uxoris haberet, ... *l. 3. §. 2. de legat. 3.* aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem ... naturam actionem bonæ fidei: per *leg. si* ..., 28. §. 1. *de legat. 1.* Ad hæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpe etiam dos in ... mariti cedebat, vide Ulpian. *dict. tit. 6. leg. 15. §. 1. solut. matrim. l. 3. ... §. ... & seq. C. de rei uxor. act.* quibus locus non erat dote ... Justinianus vero jus & ... Ulpianeis sic ... , *d. l. un. & l. in rebus*, 20. ...

ut non videam, quid commodi nunc ex relegatione dotis capi possit; nisi quod jure legati etiam res dotales mobiles statim reddendæ sunt, quarum alioquin præstatio animi dilationem constitutione Justiniani habet, *d. l. un. §. cum autem*, 7. *vers. exactio*. Tentari tamen potest cum plerisque Interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio, quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l. sciendum* 25. *de rei jud.* sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere, *l. etiam filius*, 18. *solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere posset. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti sunt. Actionem enim realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina dotis. Actio ex stipulatu de dote æque bonæ fidei & pinguis est, ac actio ex testamento, excepta repræsentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant, vid. *l. 12. l. 13. l. 18. ff. solut. matrim. l. 25. de re jud.* junct. *l. 67. §. 8. de legat.* 2. observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstech. *in Admonit. ad ff. Part.* 5. §. 116. HEIN.

(2) *Si quidem simpliciter, inutile est legatum*) Si dos uxori prælegata sit non designata certa quantitate aut certo corpore demonstrato, & dos nulla data sit, legatum inutile est: quia apparere non potest, quid aut quantum fuerit legatum. Neque hoc tantum in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *leg. sic legatum*, 75. §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi*, 25. *sub fin. de lib. legat.* fac. *l. cum post*, 69. §. *general.* 4. *de jur. dot.*

(3) *Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta*) Veluti, *Centum quæ in dotem accepi*: aut, *Fundum Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori do, lego*, aut, *Centum, quæ instrumento dotali conscripta sunt*, *l. 3. l. ult. Cod. de fals. ca. adi. leg.*

Valere legatum) *d. l. legavi*, 25. *in fin. de lib. leg. dict. l.* 3. & *ult. C. de fals. ca. adi. legat. dict. l. si sic legatum*, 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat; de quo pluscula *infr. §. huic proxima*, 30. *eod.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptum excedit, *l. 6. de dot. præl.* Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit, *leg.* 1. §. *sed & si*, 7. *eod' tit.* si quis ita legaverit, *Centum quæ in arca habeo*, aut, *quæ ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit: aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed recte respondet Jo. Faber: Referre, utrum legetur certa quantitas ut quantitas, an ut centum corpus aut species, veluti *Centum, quæ in arca habeo*, *l. plane*, 34. §. *sed hoc*, 4. *leg. si*, 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato; posteriore idem juris esse, quod certo corpore, quod non extat, demonstrato, ut si quidem extet quantitas sic designata, legatum valeat, si non extet, utile sit, *leg. si servus*, 108. §. *qui quinque*, 10. *de legat.* 1. *leg. omnia*, 32. §. *species*, 5. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata sine facto hæredis, perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto hæredis manumissus fuerit, non tenetur hæres. Si vero hæredis servus legatus sit, & ipse eum manumiserit, teneri eum, Julianus scripsit: nec interest sciverit, an ignoraverit, a se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is, cui donatus est, cum amiserit, tenetur hæres: quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.*

NOTÆ.

16. *Sine facto hæredis*) Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus ἰδίῳ θανάτῳ, *sua morte*, ut Sveton. *in Jul. cap. ult.* defunctus sit, sive facto alieno, nisi mora hæredis intervenerit, *l. 36. §. ultim. l. 47. §. ult. de leg.* 1. *l. 23. de verb. oblig.* Vide in comment.

Legatario decedit) Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam speciem debent, *dict. l.* 23.

Sine facto hæredis manumissus) *leg. 36. de leg.* 1. hæc enim manumissio morti proxima est, *leg. 92. de solut.*

Nec interest sciverit, &c.) *l. 112. §. 1. eod.* 1. *l. 28. qui & a quib. man. l. 91. §. 4. de verb. oblig.* Ratio est in *l. 25. §. 2. in fin. ad Treb.*

COMMENTARIUS.

1. *Servi alieni qui legatus sit, manumissione hæredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat: & quid si res legata evicta sit?*
2. *Hæredem, qui servum proprium a se legatum vel ignorans manumisit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuncietur de servo hæredis proprio?*

Hujus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ contingit interitu rei debitæ: Sic enim in universum jus est, ut rei debitæ interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio supersit, *leg. si ex legati*, 23. *de verbor. oblig. leg. in ratione*, 30. §. *res tamen*, 6. *ad leg. Falcid. l. cum res*, 47. §. *ult. de legat.* 1.

Si res) Id est, res certa, species, seu certum corpus, *l. non amplius*, 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l. si ex legati*, 25. *de verb. obl. d. l. in ratione*, 30. §. *certis*, 4. *ad leg. Fac.* idque ex prædicato, *perierit*, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est: numquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quoniam omnes homines vocabulo hominis, & quicumque aurei generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur: eoque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, *d. l. in ratione*, 30. §. *incertæ*, 5. *ad leg. Falcid. l. incendium*, 11. *C. si cert. pet.* Utrum autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, *dict. l. in ratione*, 30. §. *certis*, 4. *l. si certos*, 37. *de verb. obl.*

Sine facto hæredis perierit) Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l. ar-*

l. arcentio, 18. §. *ult. de dol.* Nam si ipsius hæredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet, quam cæte is creditoribus, quæ facto debitorem contingerunt. Sed & si res naturali facto perierit. cæterum post moram ab hærede factam, hæredis id detrimentum erit, *l. cum servus*, 39. §. 1. *de legat.* 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente, perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam res adhuc extaret, *d. l. ex legati*, 23. *de verb. oblig. l. nemo*, 82. §. 1. *l. si servum*, 91. §. *sequitur*, 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit*. Periisse non tantum res intelligitur, cum in rerum natura esse desiit; verum etiam commercio exempta est, §. 1. & 2. *infr. de inut. stip. leg. inter*, 83. §. *sacram.* 5. *de verb. obl. l. si mihi*, 92. *de solut.*

Legatario decedit) Hoc locis compluribus traditum, *leg. non amplius*, 26. §. 1. *l. Titiæ*, 36. §. *ult. l. cum res*, 47. §. *ult. l. si quis inquilinos*, 112. §. 1. *de legat.* 1. *dict. si ex legati*, 23. *de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

Sine facto hæredis manumissus) Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l. si hæres*, 35. *de legat.* 1. *l. si servum*, 91. §. 1. *vers. fin. autem de verb. oblig. l. si mihi*, 92. *de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse: scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. (1) Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. *supr.* Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit a creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa; nam nec illo casu sufficit rem talem dare qualis est; sed ita dare oportet, ut eam habere liceat, *l. qui concubinam*, 29. §. *pen. de legat.* 3. *l. si a substituto*, 45. §. 1. *eod.* 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *supr.* Sin autem evicta fuerit a domino ut res aliena, hic interest, in genere res legata sit, an in specie; nam si in genere, & hæres unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea a domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam, quam modo dixi; si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est; ut si testator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere, aut æstimationem ejus dare, §. 4. *supr.* si tamquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, *l. cum pater*, 77. §. *evictis*, 8. *de legat.* 2.

(2) *Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit*) Si hæres servum proprium a se legatum manumiserit, obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, a se legatum esse, *l. si quis*, 112. §. 1. *de legat.* 1. *l. hæres*, 28. *qui & a quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur, quia desinit esse in commercio, & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, *l. quidam*, 25. §. 3. *in fin. ad SC. Trebel. l. si servum*, 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l. hæres*, 28. *qui & a quib. man.* hæredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum, ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat; quod etiam Accursius observavit. Non obstat huic sententiæ, quod excusatur ginorantia ejus, qui servum indebitum sibi manumisit, *l. in summa*, 65. §. *pen. de cond. ind.* Nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur vero Justinianus hoc loco, & Jurisconsulti, *d. l. si quis inquilinis*, 112. §. 1. & *d. l. hæres*, 28. nominatim loquuntur de servo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum testatoris a se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jus est, alienandi potestatem habet, *l. ult.* §. 3. *C. comm. de leg.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter*, 26. §. 1. *qui & a quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum*, 91. §. 2. *de verb. obl.* scribit Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cum nesciret, a se petitum codicillis ut restitueret, manumisit? nam libertate non procedente, non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidem*, 25. §. 2. *ad SC. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cum servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est, testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At si fideicomisso hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate sit, alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit, utrum res ipsa, an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit, & is eum manumiserit, &c.) Hæres, qui servum proprium a se legatum alteri donavit, quamvis eum a se legatum ignoret, tamen si is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur in servi æstimationem, *d. l. si quis inquilinos*, 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem, quæ in specie præcedente; quia facto hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima, sed remota causa hæres est.

T E X T U S.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint, partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint: quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicariis legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

N O T Æ.

17. *Idem est, si ordinarii cum vicariis*) Nam vicarii hic non considerantur, ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *leg.* 9. *dict. tit.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *leg.* 4. *d. tit.*

Sed

§. *Sed si servus cum peculio, &c.*) *l.* 1. *d. tit.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi, perempta re principali, & ipsa extingui solent, *l.* 2. *d. tit. l.* 178. *de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus) Quia nec hic duo sunt separata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *leg.* 1. §. 1. 5. *de instr. vel instrum. leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separate & æque principalia.*
2 *Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.*
3 *Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.*
4 *Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.*
5 *Paulus cum Justiniano conciliatus.*

HOC §. 3. *seqq.* docetur, quid juris sit, si rei legatæ vivo testatore vel decesserit aliquid vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extinguatur, nisi quod decessit, sit principale, reliquum accessorium; neque hæres teneatur supplere, quod decessit, sed præstatione ejus quod superest, liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur; legati ancillæ cum suis natis; servorum ordinariorum cum vicariis. *hoc* §. legati gregis, §. *seq.* legati peculii, §. 20. Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decessit: nam perempta re principali etiam legatum accessionis extinguitur; quod ostenditur hoc §. exemplo legati servi cum peculio; item fundi cum instrumento legati. Si quid accesserit, placet etiam illud legato cedere, cujus rei tria exempla proferuntur, legati gregis, cui postea adjecta plura capita, §. *seq.* legati ædium, quibus adjectæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid, *d.* §. 20. Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, fœtus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus, *t.* 8. *l. quod in rerum.* 24. §. 2. & 3. *l. cum servus*, 38. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 10. *si areæ*, 39. *de legat.* 4. *l. sæpe*, 16. *cod.* 3.

(1) *Partus legato cedunt*) *l. si ancilla*, 62. *cum l. seq. de legat.* 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale: alterum, natorum scilicet, accessorium: quod etiam Servio visum fuit, qui ob id, mortua ancilla, negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt: statim enim ut sunt editi, separatam plane habent existentiam, & ideo recte Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, *l.* 3. *de pet. leg.* & Celsus in *l. si ancilla*, 63. *de legat.* 1. sententiam Servi ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minime consentaneam, qui existimant, si pecudes cum fœtu fuerint, morte pecudum legatum fœtus tamquam accessorium extingui. VINN. Genuina ratio, cur nec ancillæ partus, nec fœtus animalis haberentur, hæc esse videtur, quia post partum non pertinet ad ancillam vel animal, sed ad dominum, adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis, nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

Idem est, si ordinarii cum vicariis) Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti; nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, quæ sunt in peculio ordinariorum, *l.* 17. *de pecul.* etiam horum accessio videtur, ac proinde, his mortuis, illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extingui, ut nec vicarii, qui in ejus peculio sunt, debeantur. (2) Et sane fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere; quatenus considerantur, ut pars peculii ordinariorum: cæterum ut ex se non sunt, sed revera ordinariorum conservi *l.* 9. *de pec. leg.* Atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur, ut hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l.* 4. *dict. tit.*

Sed si servus cum peculio) Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo legatum etiam peculii extinguitur, *l.* 1. *de pec. leg.* Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis, quæ sunt, extingui solent, cum principales res peremptæ fuerunt: ratio reddita a Caio in *l.* 2. *d. tit.* (3) Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumpta; ne vasa quidem deberi, *l.* 4. *in princ. de pen. leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, *l. si legat.* 24. *de pec. leg.* Sed vasa penuaria pura puta sint accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus recte penus haberi non potest, legato continentur, *l.* 3. §. *ult. d. l.* 4. *pr. de pen. legat.*

(4) *Si fundus instructus, vel cum instrumento*) Exemplum simile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumento peti non posse semper constituit, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *de instrum. leg.* Cæterum an idem sit, si sic legaverit, *fundum & instrumentum*; aut *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *l.* 1. *epithan.* putat, inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l.* 5. *de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eamdem vim habentia conjungit, *d. l. in princ. eod tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l.* 7. hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, a cæteris diserte separat sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse. Hotomanus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum ergo, ut fatear, Paulum eo genere morbi laborasse, eoque correptum aliquando non satis bona fide cum Labeone agere, ut videre est in *l. pen.* §. 1. & 2. *de acq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari in *d. l.* 5. non arbitror tamen aut secum eum pugnare, aut cum Justiniano. Labeo dixerat, inter superiores scripturas omnes nihil interesse. (5) Paulus ait, interesse: nam ex hac scriptura, *fundum cum instrumento*, alienato fundo, nihil deberi: ex his *fundum & instrumentum*; vel *fundum instructum*, posse instrumentum esse legatum. Quasi dicat, in

in hac specie, cum fundus cum instrumento legatus est, tam perspicuum est, testatorem instrumentum accessionis loco habuisse, ut alienato postea fundo, frustra de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse *d. l.* 1. §. 1. *de instruct. leg.* hic expressit, *fundo cum instrumento legato & alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti*. Cum autem fundus & instrumentum, aut fundus instructus legatus est, licet regulariter etiam utroque hoc casu legatum instrumenti pro accessorio habeatur, eoque alienato fundo legatum instrumenti evanescat: tamen quia mens testatoris hic non tam plana ac perspicua est, quam in specie superiore, ideo admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum, tanquam separatim atque principaliter legatum, ex sententia testatoris deberi, eoque probato, legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum in *d. l.* 1. *in princ.* ait, sive cum instrumento fundus legatus sit, sive instructus duo legata intelligi: nam in illa specie alterum semper accessorium est, in hac potest utrumque esse principale. Sed nec cum Justiniano, quippe qui quod regulare est, hic tantum proposuit: quod fecit & Labeo *dict. l.* 5. quem idcirco explicari potius a Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Wesemb. post Bart. *d. l.* 5. aliter *l.* 40. *eod.* Minf. Balduin. *hic*. Quanto plenius sit legatum fundi instructi, quam fundi cum instrumento, docet Ulpian. *l. quæsitum* 12. §. *si supellex* 15. & §. *sed si fundus* 18. *cum seqq. de instruct. vel instrum. legat.*

T E X T U S.

De grege legato.

18. *Si grex legatus fuerit, & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves, quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato cedere, Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus ex ex cohærentibus lapidibus.*

N O T Æ.

18. *Si grex legatur, &c. quod superfuerit vindicari.*) Quamvis grex esse desierit, quæ ratio est dubitandi, *l.* 22. *de legat.* 1. Sed nimirum qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius legare intelligitur, per *l.* 113. *de reg. jur.* Aliud juris est in legato usufruct. gregis, *leg. ultim. quib. mod. us. am.* ususfructus rei mutatione extinguitur, vid. *sup.* §. *pen. de usufruct.*

Unum corpus) De generibus corporum vid. 30. *de usurp. & usuc.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Ratio dubitandi circa priorem speciem hujus* §. & *cur non idem in legato usufructu gregis remissive?*
2 *Ratio exempli posterioris.*

1 GRege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l. si grege* 22. *de legat.* 1. Quo loco Pomponius etiam dubitandi caussam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interim legatum extinguitur, §. *si res* 16. *sup. eod.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur, sed idem maneat, *l. si cum* 21. §. 1. *de exc. rei judic.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. us. am.* vid. *l.* 75. §. *ult. de leg.* 2. Fabrot. *ad Th. h. l.* 79. *de legat.* 3. Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, *l.* 1. *in fin. de rei vind.* Dicendum est, eum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi, atque ideo quicquid ex grege superest, die legati cedente, legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituant, tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto* 113 *de reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l. si grege* 22. Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l. qui res* 89. §. *aream* 4. *vers. non est, de solut.* Nec est contrarium, quod traditur in *leg. ult. quib. mod. us. am.* usumfructum gregis legatum, si in eum numerum pecus reciderit, quo grex constare non potest, perire. Aliud enim longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub §. *pen. sup. de usufr.*

Ad unam ovem) Quamvis enim unica hæc ovis gregem non constituat, id est, universitatem multorum capitum; est tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem constituebant, ac proinde pars rei legatæ. Vide & *l. peculium* 62. §. 1. *de legat.* 2. *l. si chorus* 79. *de legat.* 3. Fabrot. *ad Theoph. hic.*

Post testamentum gregi adjiciuntur) Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege* 21. *de legat.* 1. Ratio est, quia testator non illum gregem, quantam tunc erat, sed plane quantuscumque erit, cum dies legati cedet, legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex distantibus capitibus) Ut ædium, sic etiam gregis unum corpus est: verum illud συνῆφὲς, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεςὼς, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem* 23. §. *item quæcumque* 5. *de rei vind. l. verum* 30. *de usur.*

T E X T U S.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora quæ post testamentum factum adjecta sunt, legato dicimus cedere.*

C O M M E N T A R I U S.

Si areæ legatæ domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit?

ALiud exemplum argumenti rei legatæ. (1) Per columnam autem & marmora quælibet additamenta intel-

intelligenda ſunt, *l. cætera* 41. §. *item* 9. & *ſeqq. de legat.* 1. Sed & ſi areæ legatæ domus impoſita ſit, placet domum, hoc eſt, & ſolum & ſuperficiem deberi, ut diſerte traditum eſt *in l. ſi areæ* 39. *de legat.* 2. & *l. ſi ſervum* 44. *ſi areæ* 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem additur exceptio, niſi teſtator mutavit voluntatem: ſed exceptio illa confirmat, ſolo eo facto teſtatorem voluntatem mutaſſe non videri; ac proinde in dubio aream cum ſuperficie deberi. Quippe cui ſuperficies etiam alia jure acceſſionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, §. *cum in ſuo* 29. & *ſeqq. ſup. de rerum diviſ. l. ſi qui res* 98. §. *ult. de ſolut.* Non eſt contrarium, quod apud Cajum ſcriptum eſt; ſi domum, quæ legata erat, deſtructa, aliam eodem loco teſtator ædificaverit, legatum non deberi, *l. ſi ita legatum* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia deſtructione rei legatæ legatum interit, veluti ſi domum legatam teſtator diruat, navem legatam diſſolvat, *l. lana* 88. §. *de legat.* 3. Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; niſi aliud teſtatorem ſenſiſſe fuerit approbatum. Magis obſtat locum Celſi in *l. ſi chorus* 79. §. *penult. de l.* 3. & omnino adverſatur, niſi hæc Celſi verba *quamquam tunc peti non poterat*, per conceſſionem accipiantur: ut ſit hic ſenſus, quamvis ponatur is caſus, quo tunc, id eſt, ſtante ædificio, legatum peti non potuit, uti non poteſt, cum conſtat teſtatorem ſic ædificaſſe, ut nollet domum deberi, quæ exceptio eſt *dict. l. ſervum* 44. §. *ſi areæ* 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id eſt, ædificio deſtructo, poſſe aream peti, quia mutatio voluntatis tantum in eo fuit, ne domus deberetur: ita Duar. *ad l.* 8. *de legat.* 1. Donell. 8. *comment.* 17. Quod ſi res legata in aliam ſpeciem mutata fuerit, ſi quidem ea ſpecies ad priſtinam materiem redire non poteſt, veluti ſi ex marmore ſtatua, ex lana legata veſtis, ex materia legata navis facta ſit, legatum intercidit, *l. quæſitum* 78. §. *illud* 4. *dict. leg. lana* 88. *princ.* & §. 1. *de legat.* 3. Si vero ſpecies, in quam res tranſlata eſt, in ſuum initium redigi poteſt, veluti ſi maſſa legata, ſcyphi ex ea facti ſint, placet conſiſtere legatum, atque in hujuſmodi materiam prævalere, *dict. leg. quæſitum* 78. §. *illud* 4. *dict. l. lana* 88. §. *ultim.* fac. §. *cum ex aliena* 25. *ſup. de rer. diviſ.* niſi tamen aut hic hæres probet, teſtatorem a legato receſſiſſe, aut illic legatarius probet, non receſſiſſe: quomodo accipi debet Ulpian. in *dict. l. ſervum* 44. §. *ſi pocula* 2. *de legat.* 1. adi Donell. *dict. cap.* 17. Cujac. 3. *ad African. in leg. qui uſumfructum* 36. *de uſufr.* & 33. *obſerv.* 12.

TEXTUS.

peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, ſine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo teſtatore, legatarii lucro vel damno eſt. Quod ſi poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem aliquid ſervus acquiſierit, Julianus ait, ſi quidam ipſi manumiſſo peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hæreditatem acquiſitum eſt, legatario cedere, quia hujuſmodi legati dies ab adita hæreditate cedit: ſed ſi extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, niſi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem, niſi legatum fuerit, manumiſſo non debetur: quamvis ſi vivus manumiſerit, ſufficit, ſi non adimatur, & ita Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt: Idem reſcripſerunt, peculio legato, non videri ad relictum, ut petitionem habeat pecuniæ, quam in rationes dominicas impenderit. Idem reſcripſerunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditis liber eſſe juſſus eſt, & ex eo reliqua inferre.*

NOTÆ.

20. *Sufficit, ſi non adimatur.* Hoc enim ipſo, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obſcure id ei donat, l. 53. *de pecul. l. un. Cod. de pec. eius, qui lib. mer.*

Quam in rationes dominicas) Hoc ideo, quia quod dominus ſervo debet, verum debitum non eſt, quamvis peculium augeat, *l.* 6. §. 4. *de pec. legat. l.* 7 §. *pen. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Cujus lucro vel damno ſit, quod peculio legato, vivo teſtatore accedit aut decedit?*
2 *Cur placeat, ſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, etiam quod poſt mortem teſtatoris ante aditum hæreditatem extrinſecus acceſſerit, legato cedere: ſi extraneo, non item?*
3 *Explicatur* l. 8. §. ult. de pecul. legat.
4 *Cur ſervo teſtamento manumiſſo peculium non debeatur, niſi legatum ſit: inter vivos manumiſſum ſequatur, niſi ademptum fuerit?*
5 *Legato peculii non contineri, quod ſervus domino expenſum tulit.*
6 *Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquiſque redditis liber eſſe juſſus eſt.*

MUlta ex hoc §. diſcimus. (1) Primum cujus lucro vel damno cedat augmentum vel diminutio peculii legati: deinde ſervo, qui peculium habet, manumiſſo, quem peculium ſequatur: tum legato peculii an contineatur, quod expenſum in rationes dominicas; poſtremo, qui rationibus reliquiſque redditis liber eſſe juſſus eſt, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo teſtatore) Peculium eſt inſtar univerſi alicujus patrimonii, in quo ſunt corpora & nomina ac jura, ſeu credita & debita. Paſſim *tit. de pec.* unde ſit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, *l. peculium* 65. *princ. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat peculium ſimile eſſe homini: quippe naſci, creſcere, decreſcere, mori, *l. peculium* 40. *de pecul.* Ait, *vivo teſtatore.* Neque hic diſtinguitur, utrum ipſi ſervo manumiſſo peculium ſit, an extraneo; neque etiam, utrum ex rebus peculiaribus auctum ſit peculium, an extrinſecus. Ratio eſt, quia quamdiu teſtator vivit, nullo caſu dies legati cedit, id eſt, nihil dum deberi intelligitur.

Quod ſi poſt mortem teſtatoris: &c.) Si poſt mortem teſtatoris ante aditam hæreditatem auctum fuerit peculium, hic intereſt, ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, an extraneo; deinde ſi extraneo, utrum auctum ſit peculium ex rebus ipſis peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio acceſſerit, puta ex operis aut quæſtu ſervi, ex donationibus aut legatis. Si ipſi ſervo manumiſſo peculium legatum ſit, placet, omne augmentum legato cedere: ſi extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cætera non deberi, ſed ad hæredem pertinere, *l.* 8. §. §. *ult. de pec. leg.* & *hoc noſtro text.* Rationem diverſi juris mox audiemus.

Quia

Quia hujusmodi legati dies ab adita hæreditate cedit. Ratio cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hæreditate ex operis ejus, vel ex alia re non peculiari accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes hæredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quæritur, quantum sit in legato, id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, *l. 8. §. ult. de pecul. legat.* id est, cum res legata deberi incipit, *l. verbum 263. de verbor. signific.* neque enim ante ad legatarium quicquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur: si post diem cedentem: id solum, quod res ipsa ex se produxerit. Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati, quam libertatis dies ab adita demum hæreditate cedit, *l. 7. in fin. cum leg. seq. quan. dies leg. ced.* quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris, sicut in cæteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus, & quæ ad hæredem non transeunt, *l. 2. cum 3. seqq. dict. titul. l. unic. §. in novissimo, 5. & §. seq. Cod. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat, eumque sequatur cum omni augmento usque ad aditam hæreditatem: extraneo augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris: cæterum quod jacente hæreditate extrinsecus accedit, hæredis lucro sit. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur, quod ex Juliani sententia Ulp. in *leg. denique, 8. §. ult. de pecul. legat.* scribit, si ipsi servo peculium legetur, *tempus spectandum quo dies legati cedit*: si vero extraneo mortis tempus non esse illud, quo dies legati peculii cedit. Paucissimi sunt interpretes, qui hoc animadverterant: & tamen locus iste cum aliis omnibus, quibus pro certo jure traditur, diem legati cedere a tempore mortis testatoris, tam manifeste pugnat ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari vix possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulp. cum Juliano respondisse secundum jus suorum temporum & senatusconsulta, quæ circa legem Papiam facta sunt, ex quibus dies legatorum non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum cedebat, *dict. leg. un. §. 1. C. de cad. toll.* Quam ob causam etiam aliam hujus differentiæ rationem afferunt petitam a conjectura voluntatis testatoris. Id vero antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse. VINN. Id & alibi factum, veluti in *l. 104. & l. 31. ff. de condit. & demonstr. l. fin. ff. de don. mort. causs. l. 3. §. ult. & l. 42. de hæred. inst.* Quæ loca jam notavit Cuj. ad Ulp. *Fragm. tit. 24. §. 31.* HEIN.

Dup ex servis peculiaribus) Puta ex partu peculiarium ancillarum, fœtu pecorum, *dict. leg. 8. §. ult. de pecul. leg.* Hoc enim cum accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur: ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedentem contingens merito legatarium sequantur, *arg. §. item ea, 19. sup. de rer. div. l. 1. C. de acquir. rer. dom.*

Peculium autem, nisi legatum, &c. quamvis si inter vivos) Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, *l. si legatus, 24. de pec. leg.* At eum qui inter vivos manumittitur, sequitur peculium servi, si non adimatur, *l. si Sticho 53. de pecul. l. un. Cod. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio discriminis. Gomez ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum cedendum sit; libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidwinus ex Joan. Fabro hanc, quod dominus servum, quem inter vivos manumittit, majori affectione prosequatur, quam quem testamento, ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem, quam erga hunc, cui libertatem in id tempus confert, quo rebus suis amplius uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur, qui vivens dat eleemosynam, quam qui moriens, &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, cum neque ut compensatio operarum sequitur; quippe quas etiam adempto peculio præstaret, neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quam quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit, tamen, cum morientes longe simus liberaliores, quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quam viventium, *l. in testamentis, 12. de reg. jur.* Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur, manumissio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur, hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis, altera tacita, minime tamen obscura, peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam libertum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet, posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est, eo tempore, quo qui libertatem dedit, peculium liberto relinquere non potest: & quia cum poterat, nominatim non reliquit, ideo id apud hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, *fac. d. l. si Sticho, 53. de pecul. d. l. de pecul. ejus qui lib.*

Petitionem pecuniæ, quam in res dominicas) Quamvis, quod servus domino expressum tulit, id est, quod ei dominus debet, peculium servi augeat, veniatque in actionem de peculio, *l. 7. §. penult. de pecul.* tamen quia verum debitum non est, nec ex ea causa actio servo competere potest, placet peculio legato id non contineri, *l. 6. §. sicut, 4. de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus, *dict. leg. si Sticho, 53. de pecul.* adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, *τὰ ἐν προχείρῳ καὶ ἐν ἑτοίμῳ, quæ in promptu & in parato sunt*, duntaxat dominum legasse censeri.

Et ex eo reliqua inferre) Ex eo solo quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes reddiderit, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si voluisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censetur, *l. dominus, 23. §. 2. de pecul. leg.* Cæterum si rationibus redditis, reliqua, id est, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, *l. 8. §. interdum 7. dict. tit.* Nam qui servum ex peculio, quod debet, autem partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliud sensisse, *per leg. quæsitum, 12. §. idem respon-*

dit, 43. *vers. denique Neratius, de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet.* Damnas esto hæres meus domum illius reficere: *vel*, illum ære alieno *liberare*.

NOTÆ.

Actiones legatario præstet) *d. l.* 43. §. 9. *d. l.* 75. §. 2. *eod.* 1. Sed & non expectata cessione actionum directarum utilius suo nomine experiri potest, *l.* 18. *C. ead.*

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineantur?*
2 *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum & quare?*
3 *Admitti tamen hic probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis.*
4 *Quid juris, si cum debitum peti cœptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione decesserit?*
5 *Etiam facta legari posse, aut qui jussus est facere, parere debeat, & quibus conditionibus?*

Concludi hic videtur locus de rebus, quæ recte leguntur. Duo autem sunt, quæ hoc §. docentur. Unum est, posse legari tam res incorporales, quam corporales. In textu trajectio est. Alterum, non solum res, quæ proprie & specialiter dicuntur, legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales) Non modo res corporales, ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata, &c. legari possunt: sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hæreditatis, aut bonorum liberatio, actio, seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera*, 41. *in pr. de leg.* 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineantur, explicatur propriis *tit. in ff*, quid legata parte hæreditatis, *l.* 8. §. *ult. de l.* 2. *l. mulier* 22. §. *ult. ad SC. Tr.* quid parte bonorum, *l.* 9. *de legat.* 2. *l. non amplius* 26. §. 2. *l. si quis* 23. *de leg.* 1. De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori* 13. agiturque de eo item rat. proprio in *ff*. Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari) Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, quæ mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do, lego*, *l. si sit legatum* 75. §. 1. & 2. *l. non quocumque* 82. §. *pen. de legat.* estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum* 44. §. *sed etsi* 16. *de legat.* 1. *l.* 11. §. *ergo* 13. *l. nomen* 34. *l. qui chirographum* 59. *de legat.* 3. *l. ex lega.* 18. *Cod. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, *d. l. servum* 44. §. *cum* 5. *de legat.* 1. *d. l. qui chirographum* 59. *eod.* 3.

Ut actiones legatario præstat) Legato nominis nihil amplius continentur, quam ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum* 44. §. *sed & sic legatum* 75. §. 2. *l. legatum* 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debetur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixeris: *Decem, qui mihi Sejus debet, Titio lego*, *d. l. si sic legatum* 75. §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario, venditori, aut donatario prodita erat, quam suo nomine cum debitore experirentur: sed expectandum iis erat, donec hæres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo, sed mandantis nomine & procuratoris in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine, non expectata cessione directarum exercerent, *l. ex legat.* 8. *C. h. tit. l.* 5. & *l.* 7. *Cod. de hær. vel act. vend. l. si cum* 16. *in princ. de act.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia cessio actionum sæpe protrahebatur, & interdum nec cedi potest, ut in specie *l.* 1. *Cod. de obl. & act.*

Nisi exegerit testator pecuniam) Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum a vivo testatore exactum non fuerit: cæterum si testator post factum testamentum pecuniam a debitore exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *dict. l. si sic legatum* 75. §. 2. *de leg.* 1. Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei, est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur, quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa* 11. §. *si rem* 12. & *seq. de l.* 3. Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, *ἡ οὐσία ἀναιρεῖται* hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius, actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur *l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 13. & *l. d. sic legatum* 75. §. 2. nec absimile est, quod traditur, *in l.* 7. §. *liberatio* 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis extinguitur, *l. id* 21. *de lib. leg.* Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. penult.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse, quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse, poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit, ut legatum adimeret, *d. l. fideicommissa* 11. §. *ergo* 15. Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur: quippe quæ debitore liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pecuniam obtulit, & acceptam item pro deposito testator habuit, placet, legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d.* §. *ergo* 13. *l. fideicommissa* 11. Exigi vero etiam in hoc casu, vi-

videatur, ut in deposito sit habita pecunia: secus autem esse, si ut in solutum data, ita simpliciter in solutum accepta sit, argum. dict. l. fideicommissa 11. §. ergo 13. dict. l. si id. 21. de lib. leg. ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem, qui ultro solvit, & qui a creditore conventus: quam distinctionem a Scheneidewino probari video. Ait, *nisi exegerit*. Quid ergo, si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. *in l. nepos 6. de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Angel. & Mynsing. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademptum legatum quandiu res non desiit esse plane integra. Et vero si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia 27. §. liberto 3. de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. *si rem* 12. Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatæ voluntatis. Cæterum nuda venditio, seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; ideo scilicet; quia traditio arbitrii venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio, quod transferre poterat, retento & maxime si nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras nectit debitor, aut judex sententiam differt. Adde quod actio in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicatio. Nihil sane pro Bart. sententia facit *d. l. 6. de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maxime debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur: sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia Judicis debitum necdum solutum est, propter verba legati: *Quod mecum erit*: quibus testator usus proponitur.

Damnas esto hæres meus domum illius reficere) Etiam facta, ut diximus, recte legantur, aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est, parere debet, modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis* 112. *§. penult. de leg.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare jussus sit, aut extraneum aliquem adoptare, *l. filius famil.* 114. *§. sed si C. de legat.* 1. *l. uxorem* 41. *§. cum hære.* 8. *de legat.* 3. junge tamen *l. si cui 92. de condit. & demonst.* Facere jubetur hæres & licet in exemplis hic propositis, cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & similibus, veluti si jubeatur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere *l. mortuo* 49. *§. ult. de legat.* 2. *l. si cui* 49. *§. antepenult. & seqq. eod.* 1. *l. fideicommissa* 11. *§. ult. eod.* 3. Paul. 3. *sentent.* 6. Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *dict. l. filius famil.* 114. *§. cum pater* 15. *de legat.* 1. *l. peto* 69. *§. fratre eod.* 2. Plane si id, quod fieri jussum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *dict. l. filiusfamil* 114. *§. Divi* 14. *l. pater* 38. *§. Julius* 4. *l. Lucius* 93. *in princ. de legat.* 3. Ejusdem generis sunt, quæ a Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. servo* 11. *§. ult. de leg.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

TEXTUS.

De legato generali.

22. *Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

NOTÆ.

22. *Si generaliter*) Valet legatum generis, cum corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna & natura constat, veluti si homo, equus, aut bos legetur: alias inutile est, verb. gr. si animal legatum sit. Sed & si domus legata sit aut fundus, nec fundum ullum aut domum testator habeat, magis derisorium, quam utile legatum est, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* fac *l. 61. de legat.* 1. nimirum, quia ista certam determinationem natura non habent, & nimium quam utilitate distant, *l. 24. §. 2. eod.* 1.

Electio legatarii est) *L.* 108. §. 2. *eod.* 1. *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* ut & in rebus disjunctim legatis, *l.* 34. §. *penult. eod.* 1. *l.* 23. *eod.* 2. Aliud est in contractibus, §. 33. *vers. Huic autem infr. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quam ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l.* 12. *de reg. jur.* Non est autem electio hæc plane libera, *d. l. 37. de leg.* 1.

Aliud testator dixerit) Aut sermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis: nam per exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati testatoris, §. 2. *sup. eod.* Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Quid prudentibus sit genus, quid species.*
2 *Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantum ad genus infimum: nec tamen aliter, quam si species huic generi subjectæ certam a natura habent determinationem.*
3. *Si res generi legato subjectæ natura determinatæ non sunt, legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat, & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat?*
4 *Ubi utile est legatum generis, regulariter electionem esse legatarii.*
5 *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*
6. *An ipsius differentiæ ratio adhuc habenda, postquam legatorum omnium una cœpit esse natura?*
7 *Quibus casibus hæredis sit electio, etiamsi testator id non expresserit?*
8 *Electionem in casu nostro non esse usquequaque liberam; & quid hic jure patrio?*

(1) INsignis hic locus est & difficilis. Illud primo notandum, genera a nostris dici ea omnia, quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse,

esse, quæ Dialectici vulgo vocant individua, & non esse species contendunt, ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo nostri communem usum loquendi sequuntur; veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eamdem speciem, sed genus, pro quo in scholis dicerent, non idem numero, sed idem specie. Quin etiam ex sententia quorumdam philosophorum revera quæ de individuis prædicantur, genera sunt, scilicet infima, individua ipsa species, nempe specialissimæ, atque adeo ab ipso etiam Aristotele sic appellantur; ut videre est *l.2. philos. c.3. & l.3. c.4. item lib.1. de part. animal. c.4.* (2) Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & recte hinc removent genera summa & subalterna, veluti si quis substantiam, corpus, aut animal simpliciter leget: quia in his ea est infinitas generis, ut rem levissimam ex eo genere & vel minimam de mundo, ut loquantur, hæres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod uti diximus, in scholis est infima species, recte distinguunt inter res huic generi subjectas, ut si tales sint, quæ certam determinationem habeant a natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l.13. l.leg.37. in princ. l. si servus 108. §.2. de leg.1. l. hær. 23. §. si incerto 17. fam. ercisc.* (3) Si vero naturæ determinatæ non sint, & fundus & domus, (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l.24. §. quod si 3. de leg. 1. locus 60. de verb. signif.*) in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quam utile, *l. si domus 71. de leg. 1. l. cum post 69. §.gen.4. de jur.dot. l. ita stipulatus 115. in princ.de verb.oblig.* utpote quod a superiore nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque a testatore relictis tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendum, ac si corpus ignotum legatum sit, *dict. l. cum post 69. §. gener. 4.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiunt, legatum esse utile, unamque ex his, quas testator reliquit, deberi: estque in eam rem textus apertus *in d.l. si domus 71. in princ.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quam si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quam domus, unumque ex fundis, quos testator regionibus distinctos habuit, præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato, nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d.l. cum post 69. §. genera 4. d.l. ita stipulatus 115. in princ.* pro his exemplum ædium legatarum, *dict. l. si domus 71. de legat.1.* quacum & fundi hactenus eadem ratio videtur, *argum. dict. l.24. §. pen. de leg.1.* Tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit, vinum, oleum, frumentum dare, non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum, quasi testator legasset vinum, oleum, frumentum suum, & tantum, quantum ex his generibus habuit, *l.2. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert. in *dict. l. ita stipulatus 115.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *resol. l. 12. n. 32. & 2. resol. 11. n. 9. consul. D. Dom. in dict.l. ita stipulatus 115. n.13. & seqq.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eamdem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse, vel ex sola collatione *d. l.7. de trit. vin. leg. & l. triticum 94. de verb. oblig.* apparet. Quinimmo, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate, ac charitate, vel necessitudine legatarii statuendum, quales præstari debeant, post Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d.l. n. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt Autumn. *confer. du droit, ad dict. l. 71.* Groen. *2. introd. 22.*

(4) *Electio legatarii est*) Ubi utile est legatum generis, placet, electionem non hæredi, sed legatario dari, ut hic scriptum est, in *l.2. §.1. de opt. leg.* idemque est, si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l. plane, 34. §. pen. de leg.1. l. ut cui, 19. l. Lucio, 23. eod. 2.* aut si ex duobus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit, puta si testator dixerit: *Ex duobus servis meis unum Titio, do, lego, l. qui duos, 20. de leg. 1.* Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. si quis, 23. §.1. l. cum servis, 39. §. scio, 6. eod.* Cæterum additur hic exceptio, *nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad hæredem direxerit*; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget. (5) Jure veteri etiam, cum genere legato, aut duabus rebus disjunctim, de jure eligendi quæritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi electio permittebatur: cujus differentiæ testimonia non obscura videmus *in l. plane, 34. §. pen. l. si substituto, 45. §.1. l. si hæret, 110. de leg.1. d. l. si is cui, 19. d. l. Lucio, 23. l. si ita, 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam, 29. §. 1. eod.3.* Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est, & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis sermonem confert ad legatarium, ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens. In legato autem damnationis hæredem alloquitur, damnans, jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum eam actione in personam ex testamento petere poterat, sed etiam jus eam vindicandi habebat, & petendi actione in rem. Par autem est, ei electionem tribui, qui rem vindicare potest, quod significat African. *l. si servus 108. §. 2. de leg. 1.* ubi ait, ejus electionem esse oportere, cui potestas sit, qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat, is eam rem vindicare non poterat, sed tantum in personam ex testamento agere, hæredemque ut debitorem quasi ex contracto obligatum convenire hujusmodi puta formula, *Ajo, te mihi servum dare oportere*, aut hac, *Ajo, te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio postulabat, ut hic hæredi concederetur electio exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis constat. *§. si quis agens 33. rel. hic autem inf. de act. l. plerumque 10. in fin. de iur. dot. l. ubi autem 75. §. quod illud 8. de verb. oblig.* (6) Quæritur vero, an hodie distinctionis illius ulla porro ratio habenda sit. Nam sublatam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit, legataque omnia

omnia sic exæquavit, ut etiam jus vindicandi, a quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus* 108. §. 2. *de leg.* 1. perex omnibus concesserit, *l.* 1. *Cod. comm. de leg.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verum ego eorum sententiam veneror, qui negant, legatorum illam exæquationem ad effectum, de quo hic agimus, trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam testator velit, legatario ne, an hæredi, non potest apertius declarare, quam cum jubet, aut legatarium vindicare, aut hæredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissime significat, se eligendi quoque potestatem ei facere: hic vero cum eadem verba ad hæredem refert, hoc ipso contra ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quam rem velit dare. Et igitur si ita testator legaverit: *Hæres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternative: *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifeste permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam hæres declaraverit, quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. *in l. Lucio* 23. *de leg.* 2. *& in l. leg.* 2. *Cod.* 1. probat Gomez. 2. *var. res.* 11. *n.* 43. nec non summi viri Covarr. *in cap. indicante*, *n* 3. *x. de test.* Ant. Fab. 6 *conject.* 1. VVesenb. & Bachov. *hic*.

Nisi aliud testator dixerit. Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantum si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo* 12. *de opt. leg. l. hujusmodi* 84. §. *Stichum* 9. *de leg.* 1. *l.* 11. *in fin. eod.* 1. verum etiam si verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cum quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Plane enim cum ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest, verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hic est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet, in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantum pertinere ad eas res, quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere, hæredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam infinito onere hæredis, *argum. leg. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* 2. Et quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est, *l.* 3. *de trit. vin. leg.* non est dubium, quin ad cæteras quoque res pertineat, idemque dicendum sit, non solum si certa quantitas, verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta servus, nec ullum servum testator reliquerit. Id quod etiam ex eo efficitur, quia rei, quæ testatoris non fuit, vindicatio legatario competere non potest: at illa cessante nulla electio, *dict. l. si servus*, 108. §. 2. *de leg.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes, quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum, aut species, non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, *leg.* 4. *de trit. leg. l. Titia*, 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & qua legata, ut quantitate, nec actionis electio, nec vindicatio est.

Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus*, 71. *in pr. de leg.* quapropter dubitandum non est, quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus, posito, quod non putamus, fundi legatum valere, si testator fundos non habuit. Ratio est non ea, quam vulgo efferunt, quod hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet, & si vera esset, hæredi indistincte tribui deberet electio; sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem, supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum*, 67. §. *si rem*, 8. *de leg.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 3. *t.* 2. *n.* 6. Nam inter ædes, & ædes, inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest ut nulla sit proportio & major distantia, quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressos: quam ob causam, etiam his rebus generaliter legatis, si testator nullas ejus generis habuit, legatum inutile habetur. Estque hæc etiam Interpretum nostrorum communis opinio, teste Gomez quam & ipse probat 2. *var. resol.* 11. *n.* 9. Auctoritas Pandectarum Florentinarum, (in quibus hæc scriptura est in *princ. dict. leg. si domus*, 71. *Si domus alieni simpliciter legata sit, cogentur hæredes quam vellet domum ex his, quas testator habuit, legatario dare*) me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincte legata, putarem legatario electionem competere, sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam, & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volet, &c.* quæ scriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. VINN. Sed magis, ut servetur lectio Florentina. Haloander enim ex ingenio scripsit *volent*, nec consensus reliquorum exemplarium opponi potest Florentinæ, reliquorum fonti. Vide Clar. Henr. Brenckm. *Hist. Pandect. lib.* 3. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatarii. Nec obstat *lex* 37. §. 1. *ff. de leg.* 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumptio quidem est, testatorem voluisse, quam minimum onerare hæredem suum, *leg.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. sed & fortior militat præsumptio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator, dum speciem certam non expressit. HEIN. (8) Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur, non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta verbi causa, homine generaliter legato, actorem; sed conclusum intra modum, ut ne optimum accipiatur, *leg. legato*, 37. *de leg.* 1. Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut re alia testator senserit, nec appareat de quo, hæredis electionem esse, *dict. l. legato*, 37. §. 1. *fac. leg. si quis*, 32. §. 1. *l. cum servus*, 39. *scio*, 6. *eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, ære legato circa electionem definiendum censet Grot. *lib.* 2. *manuduc-*

cap.

cap. 22. Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittenda, sive res istæ naturalem determinationem habeant, ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maxime videri consentaneum. Cæterum neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando: neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quam si duæ tantum species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

TEXTUS.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat olim in se conditionem: & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia hæredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito, & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii extiterint, quibus optio relicta est, & dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ut pereat legatum, (quod plerique prudentiam contra benevolentiam introducebant,) fortunam esse hujus optionis judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.*

NOTÆ.

23. *Habeat in se conditionem)* Ξ.... quod tamen a Theophilo additum non est: ut quidam falso tradunt.

Constitutione nostra) Extat *in l. ult. Cod. comm. de leg.* I.

Sorte esse dirimendum) Frequens admodum etiam apud veteres sortis judicium, *l.* 14. *de judic. l.* 5. *famil. ercisc. l.* 24. §. 14. *de fideicomm. l.* ubi scilicet animi judicio negotium explicari non potest: alias sorti res non committitur, *leg.* 8. *de pactis*, §. 1. *supr. de satisd. tut. l.* 47. *in fin. pr. Cod. de episc. & cleric.*

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem a simplici legato generis & alternativo.*
2 *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.*
3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.*
4 *Explicatur l. si sic legatum, 75. §. pen. de legat.* I. *rejecta interpretatione Donelli.*
5 *Notatur inconsiderantia Bachovii.*
6 *In* l. ultim. Cod. comm. de legat. *nihil cautum de jure optandi transmittendo, sed temere diversos casus misceri.*
7 *Frequens fuisse apud veteres judicium sortis: qui & micatione digitorum usi.*

Quidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis: quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifeste apparet, ex *l.* 5. *de legat.* I. *l.* I. *l.* 2. *in princ. & §. ultim. l.* 4. *l. si tibi*, 8. *in princ. & pass. tit. de opt. vel elect. leg.* Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse a simplici legato generis aut alternativo, certum est, *dict. l.* 2. *in princ. & §.* I. *l. cum ita*, 9. §. I. *dict. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum in legato optionis solemnis est & expressa electio; in legato autem generis & alternativo inest quidem etiam electio, seu tacita & simplex, non solemnis. Deinde optionis legatum semper relinquebatur per vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem. Hinc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii; in legato autem generali & alternativo nonnumquam hæredi electio competit: vel quia expresse ei data est, vel quia forma legandi tacite in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet, legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, *l. nec semel*, 12. §. *penult. quand. dies l. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset, ut hic ait Justinianus: eratque adeo jus hoc optandi mere personale, ut in hæredem transferri non potuerit. Ad hæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, *leg. legato*, 37. *de legat.* I. ei autem licet, cui legata est optio, *l. si quis*, 9. §. I. *de dol. mal.* Grot. 2. *manud. cap.* 22. excepto casu speciali *l. ult.* §. I. *Cod. comm. de leg.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l. actus*, 77. *de reg. jur.* quo sane referri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Plane *in d. tit. de opt. leg.* occurrunt quidam etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in *l.* 2. §. I. *l. servo*, 12. *l. Pamphilo*, 10. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet: Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, *l.* 5. *de legat.* I. *apud Aufidium*, 28. *de opt. leg.* fac *l. hujusmodi*, 82. §. *Stichum*, 9. *de leg.* I. *l. statu lib.* II. *in fin. eod.* 2. Idem in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l.* 3. *qui & a quib. man.* quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, *l.* 4. *de opt. leg.* 3. §. *item si*, 6. *ad exhib.* Quin amplius, etiamsi in legato generis aut alternativo nominatim facultas eligendi legatario data sit, veluti si ita testator dixerit, *Titio servum, quem voluerit, do, lego*, vel: *illud aut illud, utrum elegerit* puto tamen nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, *arg. l. illud aut illud*, 19. *de opt. leg.* Proprie enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, τὸ ... legatur; veluti si dicat testator, *Titio optionem servorum meorum, do, lego*: quo casu tres servos eligi posse, rescriptum est, *leg.* I. *eod.* vel sic: *Titio ex servis meis quem velet, optat*: vel, *Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibique habeto.* Julianus in *l. si Pamphilo*, 10. *eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

(3) *Habebat in se conditionem)* Ξ.... Veteres, ut hic commemorat Justinianus, credebant legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi tacite inerat, cujus generis conditionis non solent facere legata conditionalia, *l. conditiones*, 99. *de condit. & demonstr.* tamen quia ex

volun-

voluntate testatoris videbatur proficisci, eamdem vim atque effectum habeat, quam habent conditiones ceteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio quam a legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Nec obstat *l. si ita legatum*, 75. §. *pen. de legat.* 1. ubi sic scribit Ulp. *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres ejus, ut præstet legatario actionem habituro, utrum decem an Stichum petat, qui malit.* Nam ut superius diximus, legatum generale aut alternativum, licet cum jure eligendi, non est idem aut ejusdem prorsus naturæ cum legato, quod in specie dicitur optionis. In legato hujusmodi, *illud aut illud*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus ut servo aut filio ea detur, *l. si stipulatus*, 76. *de verb. oblig.* non ut ... decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur; transmitti enim expresse scriptum est a Paulo in *l. illud*, 19. *de opt. leg.* nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam vero si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem, in hæredes obligatio transit: ut idem Paulus respondet in *d.l. si stipulatus*, 76. *de verbor. oblig.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. leg.* existimat, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur a Bach. *hic*: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicue species paulo ante proposita ex *d. l. si legatum*, 75. §. *penult. de legat.* 1. Nisi enim una cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem, id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. Inconsiderate autem Bachov. jus electionis ex contractu quæsitum in quæstione proposita distinguit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione, quominus ad hæredem transeat, hoc contra. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere, stipulationem aut sub conditione contractam, mortuo ante conditionem stipulatore, non extingui, sed spem obligationis transmitti in hæredem, §. *sub conditione*, 2. *instit. de verb. oblig. l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies l. si tui*, 42. *de oblig. & action.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Conditio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi*, 44. *l. si ita*, 69. *de cond. & demonstr.* Hinc jam, opinor, intelligimus, non temere credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paul. in *d. l. illud*, 19. *de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*: Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. Cod. comm. de legat.* accommodasse sublata negatione.

Et constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare. Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ultim. C. comm. de leg.* & sane ea, quæ mox sequuntur de dissensione plurium hæredum circa electionem forte dirimendam, arguunt, eam constitutionem hic significari. (6) Etenim, quod interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quam si ut hæredes legatarii inter se de electione non conveniat, controversia forte dirimatur: de jure vero optandi ad hæredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo, plane nihil ibi cavetur. Immo vero constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur, quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid statuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inepta profecto dubitatio, si electio in legato optionis mere personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casuum plurium legatariorum de electione disputantium inconsiderate confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii, quod & Bach. existimat. VINN. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet, primo conditam constitutionem, eaque cautum, ut & hæredes legatarii optare possent, deinde diligentiore habito tractatu, ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici periit, additamentum migravit in codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ultim. Cod. comm. de legat. & fideicomm.* Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat, ubi legatarii hæredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit, si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo ejus hæredibus servum, quem optaverint, do, lego.* Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur, ut jam ante Justinianum legatarii hæredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum) Quod de servo hic dicitur, exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere *dict. l. ultim. Cod. comm. de legat.* Sic passim videmus in optionis legato tantum servorum mentionem fieri: & Papinianus in *l. actus*, 77. *de reg. jur.* servi optionem refert inter actus legitimos, non quod non idem fuerit in aliarum rerum optione legata; sed quia plerumque servorum potius, quam aliarum rerum optio legari solita erat: unde & de eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifeste apparet ex lectione totius *tit. de opt. leg.*

Sorte hoc esse dirimendum) Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus sorte, qui optet, constitui, cujus optionem ceteri ratam habeant, expresse cautum est *dict. l. ultim. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud veteres fuisse sortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, *l. si id cum*, 14. *de judic. l. generaliter*, 24. §. *quod ergo*, 27. *de fideicomm. lib.* quanquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest; de quo nos *l.* 1. *select. quæst. cap.* 35. Utebantur antiqui & micatione digitorum: Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offi. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alter cedat alteri.* Sueton. *in Aug. cap.* 13. *Patrem & filium pro vita rogantes sortiri, aut micare jussit.* Quan-

do autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco, alienum est quærere. VINN. In loco Svetonii alii legant *sortiri aut dimicare*. Sed *micare* habuit Codex MS. Salamasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum, Vir Clariss. Præfectum urbi, utilitate suadente, sustulisse, ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sveton. *loc. c.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. *Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.*

COMMENTARIUS.

TRansit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent; quo soli proprie significantur, qui testamenti faciendi jus habent, ut ostendimus supra in §. *testes autem*, 6. *de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt, modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint, docent §. *extranei*, 4. *præc. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Voconiam, Juliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur; qua de re forte uberius intra *sub tit. de fideicomm. hær.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

26. *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut Divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subjaciebat, veluti si quis ita dicat:* Quicumque filio meo filiam suam in matrimonio dederit, ei hæres meus illum fundum dato. *Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur: & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat, nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur: veluti,* Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illum rem dato. *Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis personis*) Receptum tamen fuit, ut pauperibus, *l.* 24. *Cod. de episc. & cler.* civitatibus, *l.* 26. *ad SC. Trebell. l.* 22. *de legat.* 1. corporibus & collegiis licitis, *l.* 12. *C. de hær. inst. l.* 1. §. 15. *ad SC. Treb.* relicta, rata essent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponuntur aliquot loci: ex quibus falso quidem colligunt, etiam jam olim hæreditatem, legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2. *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incertæ personæ relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio?*

INcertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulpian. *tit.* 22. §. 3. *tit.* 24. §. *incerto*, 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis 12. tabularum, *Ut quisque legassit*, veteres interpretati sunt, ut quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave sua magna sæpe labore quæsita relinquere incertæ personæ, tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium, quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse: *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, hæres meus decem dato, l. si quis,* 14. *de verb. dub.* (1) Nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur. Etsi enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is privatam voluntatem suam scribit, tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstante quoque *leg. in tempus*, 68. §. 1. *de hæred. inst.* agitur enim ibi expresse de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensissent: cujusmodi in causa audienda est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendum, *arg. l. falsa*, 33. §. 1. *de cond. & demon.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi & aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Jurisconsulti adjecta a Triboniano nullus dubitet, add. Ant. Fab. 3. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit, ut statim audiemus; quippe verba illa fideicommissi, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiamsi quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. (2) Porro ex hoc jure manavit; quod nec civitates, nec mancipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere potuerunt. Ulp. *d. tit.* 22. §. 4. Plin. *lib.* 5. *ep.* 7. *ad Calvisium*: *Nec hæredem*, inquit, *institui, nec percipere posse rempubl. constat*. Ceterum postea, ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit:

etiam [illegible] medii jurisprudentiæ, [illegible] 35. [illegible] 75. §. 1. l. [illegible] quid, 117. [illegible], 122. [illegible] l. cum senatus, 20. [illegible] l. [illegible], 26. ad [illegible]. A Nerva hoc primum introductum, post deinde a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum fuit, Ulpian. [illegible] 24. §. [illegible], 20. Paulus [illegible] id tribuit, [illegible] l. cum senatus, 20. In propriis nominibus [illegible] auctorum lauus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes [illegible] possent, l. [illegible], 11. C. [illegible] quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut [illegible] ex fragmentis eorundem Ulp. tit. 22. §. 4. & l. l. [illegible], 26. ad Senatusc. Trebell. quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum, ratumque omnibus modis habetur, daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, [illegible]: nomen, ut sint hæredes; jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, l. id quod, 24. l. si quis, 40. §. 1. & seqq. C. de Episc. & Cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. id quod, 24. Bart. in l. 5. de reb. dub. Tulden. ad cit. C. de incert. VINN. Hujus juris historia non satis accurate exponi videtur a Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus, a Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet; id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, qui sua ætate nondum capere potuisse respublicas tradit, idque sub Trajano, ut videtur. Nam in eadem epist. 7. l. 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Grut. P. CCCCLIV. & MXXVIII. apparet. Primum ergo SC. permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa, idque sub Hadriano, consule Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta Senatusconsulto firmata. Ulp. Fragm. tit. 24. §. 28. Unde legati hujusmodi exemplum exstat in l. 101. ff. de l. 3. Postea D. Marcus id jus [illegible], l. 20. ff. de reb. dub. immo etiam ad [illegible] protulit, l. 73. §. 1. ff. de legat. 1. Denique & hæredes [illegible] civitatis non demum per Constitutionem Leonis [illegible], l. 12. [illegible] sed jam [illegible], id est Severi & [illegible], [illegible] l. 121. [illegible]. HEIN.

[illegible] Quam [illegible] hic dicitur, quam [illegible] & certa opinione [illegible] t-[illegible] in [illegible] ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, [illegible] legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

[illegible] Puto, hoc exemplum ad [illegible] pertinere, qui [illegible] ante candidatorum numerum [illegible], [illegible] cum eos non nosset, incertissima opinione dixit, *qui primi consules designabantur*. Quod si [illegible] jam candidatorum numero, quos [illegible] novit, ei qui primus consul designatus fuerit, [illegible] legaverit, magis est ut hoc legatum valeat, [illegible] uni ex certo personarum numero cum certa [illegible].

Libertas quoque incertæ personæ] Antea dixit, ne militum quidem [illegible] incertæ personæ [illegible], [illegible] jus civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non poterat. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas, cujus summus alioqui favor semper fuit, incertæ personæ dari potuerit, addita ratione, *quia placerat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fufia Caninia. Ulp. tit. 2. §. ult.

Sub certa vero demonstratione] Ex certo personarum ordine aut numero cum certa demonstratione legati incertæ personæ etiam olim jus fuit, veluti: *Ex collegis meis, qui nunc sunt*, aut: *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut: *Qui filiam meam uxorem duxerit, et hæres meus illi [illegible] dato*. Ulp. tit. 24. §. in [illegible], 18. Et notandum in exemplo proposito demonstratione expresse addi, hæc verba *qui nunc sunt*: alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

Per errorem soluta repeti non posse] Hic locus confirmat id, quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse, quod incertæ personæ legari non posset. Neque enim ratio naturalis impedit, quominus verbi causa, ei qui filiam meam aliquando uxorem duxerit, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale: id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationibus hic certissimus jure quoque civili effectus est, ut impediat ejus, quod ex ea causa solutum est, repetitionem, l. 13. l. si pœnæ, 18. de cond. ind. l. 10. de oblig. & act. Christin. vol. 4. dec. 50. n. 4. erratque adeo manifeste Pacius, hunc locum restringens ad legata, quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

T E X T U S.

Jus antiquum de posthumo alieno.

26. Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.

N O T Æ.

26. Ex emancipato filio conceptus] Alienarum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus: vide Cujacium.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Posthumos esse similes incertis personis: cæterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*
2. *Posthumi alieni qui? & eorum diversa genera.*

QUI in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quam sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delatæ, l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat. 1. (1) Verum in hæreditatibus testamentariis & legatariis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legassit*, &c. quæ sic a prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit, &c. Cum enim posthumi omnes incertæ sint personæ,

aut

aut incertis perſonis ſimiles, contra legem fieri viſum eſt, ſi aut hæredes inſtituerentur, aut legatum iis daretur, quaſi non ſolido conſilio id a teſtatore factum eſſet, ignorante, & an naſcituri ſint, & quales naſcituri, & quot naſcituri. Paulatim tamen diſputatione fori propter utilitatem & non ſine magna ratione receptum, ut poſthumi ſui recte hæredes inſtituerentur, & legatum ex teſtamento caperent. In poſthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum; qua de re latius diſputavimus ſub §. 2. *ſupra de exhær. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem poſthumi alieni & cujuſvis alius incertæ perſonæ fuiſſe, ex eo apparet, quod fideicommiſſum poſthumo alieno utiliter relinquebatur, *l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de tut. eod.* ceteris incertis perſonis inutiliter. Et vero non eſt poſthumus plane ſimilis tali perſonæ, quam teſtator omnino incerta & cæca cogitatione animo ſuo ſubjicit: ſed magis & quodammodo ſimilis iis, quos nunquam vidimus qui etiam hæredes inſtitui poſſunt, *l. ult. ſupr. de hær. inſt.* Cæterum quod hic Juſtinianus ait, poſthumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obſtat *leg. 6. de reb. dub.* nam in calce præcedentis *leg. 5.* proponitur quis rogatus hæreditatem reſtituere poſthumo ſuo vel alieno: & mox continentur in *l. 6. ſeq.* poſthumus hæres inſtitutus, vel cui legatum relictum eſt. Reſpondeo, ſunt loci iſti diverſorum auctorum: ac proinde neceſſe non eſt, ut quod in uno dicitur de poſthumo vel ſuo vel alieno, cui hæreditas reſtitui jus eſt, repetatur in altero, in quo ſimpliciter proponitur poſthumus hæres inſtitutus, aut legato poſthumo datum: nec illud etiam eo loco quæritur, an cum poſthumo, & cum quo teſtamenti factio ſit, ſed an & quando poſthumus partem faciat?

Inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt,) Poſthumus ſuus & alienus ſic inter ſe opponuntur, ut ſuus poſthumus dicatur, qui ſi vivo teſtatore naſceretur, in poteſtate ejus eſſet, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui naſceretur, teſtatoris ſuus hæres: qualis eſt is, qui in utero uxoris teſtatoris eſt, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati, poſtquam uxor jam conceperat, §. *pen. ſup. de tut.* §. 2. *tit. præc.* (2) Poſthumi alieni omnes, qui, ſi vivo teſtatore naſcantur, aut in ejus poteſtate familiave non naſcuntur, aut non naſcuntur proximo ab eo gradu, uno verbo, qui ſui aut inter ſuos non naſcuntur. Horum autem diverſa ſunt genera & varii gradus, Primum poſthumus alienus avo eſt nepos natus ex filio, etiam quem ſuperſtitem in poteſtate habebat. quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo ſuus hæres avo non agnoſcitur, §. 2. *ſupr. de exhær. lib. d.* §. 2. *præc. tit.* §. 2. *de hær. ab inteſt.* At enim quia aliquando fieri poteſt, ut hic nepos poſthumus ſuus hæres teſtatoris agnoſcatur, puta ſi filius vivo teſtatore deceſſerit; pro ſuo hactenus habitus, atque ex formula Galli hæres inſtitui potuit, *l. Gallus, 29. de lib. & poſt.* Magis alienus poſthumus eſt nepos, conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob cauſam jam dictam hujus tantum nepos poſthumi fit mentio. item qui in utero eſt uxoris filii, qui in adoptiva familia eſt, *l. 1. §. ſi filius, 8. de vent. in poſſ. l. mitt.* & qui naſci ſperetur ex teſtatoris filia, §. *ult. ſupr. de pat. pol.* Eadem interrogatione poſthumus matri alienus eſt poſthumus: puta ſi cæſo utero extractus fuerit, *l. 6. fin. pr. de inoff. teſt.* & aviæ, qui in ventre eſt filiæ, aut uxoris filii: & adhuc magis alieni, qui naſcituri ſunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de legat. 1. d. l. de inoff.* Poſtremo alieniſſimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri ſunt, neque cognati, *l. 6. de vent. in poſſ. mitt.* Hos autem omnes Juſtiniani definitio complexa eſt.

TEXTUS.

Jus novum perſonis incertis, & poſthumo alieno.

28. *Sed nec hujuſmodi ſpecies penitus eſt ſine juſta emendatione relicta, quum in noſtro Codice conſtitutio poſita ſit, per quam & huic parti medemur, non ſolum in hæreditatibus, ſed etiam in legatis & fideicommiſſis: quod evidenter ex ipſius conſtitutionis lectione clareſcit. Tutor autem per noſtram conſtitutionem incertus dari debet: quia certo judicio debet quis pro tutela ſuæ poſteritati cavere.*

NOTÆ.

28. *In noſtro Codice conſtitutio*) Deſideratur hæc Juſtiniani conſtitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc conſtat Juſtinianum caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui aliquid legatum eſt, non vitiet legatum, ſi vel in præſens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit.

COMMENTARIUS.

H*Ujuſmodi ſpecies ſine juſta emendatione*) Dubium eſt, utrum indiſtincte hoc referendum ſit ad ſpeciem de incertis perſonis, de quibus ſuperius egit, an vero tantum ad ſpeciem de alieno poſthumo, cujus proxime meminit in §. *præc.* Sed recte plerique Interpp. ſentiunt, Juſtinianus loqui in univerſum de ſpecie incertarum perſonarum, quas hactenus commemoravit, atque hoc dicere, conſtituiſſe ſe, ut & poſthumo alieno & cæteris perſonis incertis, quas modo eventus poſtea demonſtravit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo ſatis intelligitur, quod ſcriptum eſt in §. *incertis,* 25. incertis perſonis legari olim conceſſum non fuiſſe. quod ſtulte diceretur, ſi ne nunc quidem id conceſſum eſſet conſtitutione Juſtiniani. Habemus etiam certiſſima hujus rei argumenta in hoc ipſo §. quæ in progreſſu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus ſcilicet jus illud, quod de incertis perſonis recenſuit, emendarit. Non enim dicit, ſe id jus penitus ſuſtuliſſe, ſed non penitus reliquiſſe inemendatum. Ex verbis quidem Juſtiniani nihil hic colligere poſſumus, quam hoc cum conſtitutione ſua caviſſe, ut incertitudo perſonæ, cui quid legatum eſt, non amplius vitiet legatum, ſi ulla ratione vel nunc, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere poſſit. Sed tamen non ſemper id admittendum videtur. Quid enim ſi eventus incideret in eas perſonas, mortuo aut ignorante teſtatore, quibus veriſimile non eſt, ſpecialiter eum legaturum fuiſſe? Finge ſic eſſe legatum, *Qui filiam ſuam filio meo collocaverit, ei hæres meus centum dato:* eamque collocaſſe ignorante teſtatore, qui inimicus teſtatori fuerit, qui peſſime de eo meritus, qui ſit infamis aut vitæ flagitioſæ: non putarem, huic quicquam ex hujuſmodi legato deberi, ne nunc quidem poſt conſtitutionem Juſtiniani. Certius vero de re tota conſtitui poſſet, ſi conſtitutio, ad quam hic relegatur, extaret: ſed in Codice, quo nunc utimur, deſideratur. Græcam fuiſſe veriſimile eſt, omiſſamque a Latinis deſcriptoribus intercidiſſe.

Non ſolum in hæreditatibus) Ergo olim nec hæres inſtitui incerta perſona potuit: quod etiam diſerte ſcriptum,

est ab Ulpian. *tit.* 22. §. 3. De posthumo tamen alieno testatur ipse Justinianus §. *seq.* potuisse eum & antea hæredem institui. Cæterum hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

Et fideicommissis. De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. *incertis*, 25. *sup. eod.* nam posthumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse colligitur ex *l.* 2. *de jur. cod. l.* 5. §. *ult. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de posthumo alieno cavisse, sed de cæteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari. Hic iterum locus ostendit, verum esse, quod diximus, Justinianum in constitutione, cujus hic meminit, emendasse jus de personis incertis, non solum posthumis: male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus observari voluerit, *l. tutor*, 20. *de test. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippe cujus interest, ne incerto aut ignoti, de quorum fide, diligentia ac moribus testatori constare non potuit, ad tutelam admittantur, maxime sine satisdatione, a qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

De posthumo alieno hærede instituto.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui & ante poterat, & nunc potest; nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro, uxor esse non potest.*

COMMENTARIUS.

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Justinianus, posthumum alienum etiam antea hæredem institui potuisse?*
2. *Confutantur Alciatus & Bachovius, qui putant huic loco deesse negationem.*

ETSI, ut superius dixi, antea ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres institui is posthumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ supra relata sunt de inutili institutione posthumi alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte a Justiniano facta. Tum si antea posthumus alienus hæres institui potuit, quod opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: profitetur enim expresse, se antiqui juris observationem circa incertas personas & posthumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua demum illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus recte hæres instituatur. (1) Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse, sive hæres institutus esset, sive legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure Prætorio infirmum habitum, cum eo jure institutio posthumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, Prætorque ei dando bonorum possessionem secundum tabulas, *infr. de bon. poss. in pr. l. posthumus*, 6. *de inoff. test. l.* 1. §. *si filius*, 12. *de vent. in poss. mitt. l.* 3. *de bon. poss. sec. tab.* Quamobrem Interpp. fere omnes hæc verba Justiniani, *& ante poterat, & nunc potest*, sic acceperant, ante poterat jure Prætorio, nunc potest etiam jure civili ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu, cum parum referat ad vim tabularum, utrum hæreditas ex iis adiri, ac bonorum possessio peti possit; quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure Prætorio sustinetur? Sane Ulp. in *d. l.* 6. *de inoff. test. l.* 1. §. *si filius*, 11. *de vent. in poss. mitt.* cum de posthumo alieno loquens cum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, **quam posthumum alienum jure Prætorio recte hæredem institui.** Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *l. Titius*, 25. §. 1. *de lib. & posth.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. 9. *conj.* 2. (2) D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcorum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus 9. *parerg.* 1. Sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, sive eam accipias de posthumo, qui in utero sit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo posthumo, qui ex ea muliere & testatore nasciturus est, quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognationem puta, aut affinitatem, aut quia alio nupta: quippe qui ex his nascitur vivo testatore, in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio, ipsoque jure non valet, *l.* 9. §. 1. *de lib. & post.* Jam vero stultissime exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum dumtaxat. Miror que adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis quivis facile occurret, qui modo hæc nostra attente legerit.

TEXTUS.

De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur, & recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui, si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

NOTÆ.

30. *Cum de persona constat.*) Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debebitur Sempronianus, *leg.* 4. *de legat.* 1. Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cum vestem legare vellet, supellectilem scripserit: quia rerum vocabula natu-

naturæ consona, publica & immutabilia sunt, *dict. l.* 4. *l. 7. §. 2. de suppel. leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Subtilius ac diligentius, quam passim, explicatur differentia nominum propriorum.*
2. *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de persona constat? & n. 5.*
3. *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4. *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit?*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. de cond. & demonstr.* item *tit. C. de falsf. cauf. adj. l. cum 2. seqq.* ad quos vid. D. Tuld. & Perez. adc. Christin. *vol. 4. decis.* 49. Nos etiam quædam subtilius atque accuratius, quam illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænomine, agnomine) Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distincte expressit, *l. 4. C. de test.* & Charisius Grammaticus ita scribit: ***Propria nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publicus, Cornelius, Scipio, Africanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publicus. Nomen, quod familiæ originem declarat, ut Cornelius. Cognomen, quod nomini subjungitur, ut Scipio. Agnomen, quod extrinsecus adjici solet, ut Africanus.*** Hæc ille. Plura etiam ejusmodi apud Romanos videmus, ut *Marcus Licinius Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiaticus*. Charisius autem non satis distincte videtur rem ipsam explicasse. 1 Prænomen erat nomen cuiusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus. Publius*. Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa, qui ex gente Cornelia, omnes Cornelii; qui ex gente Valeria, omnes Valerii nominabantur. Cognomine singulæ familiæ in quaque gente distinguebantur, idemque omnium qui ejusdem familiæ erant, cognomen erat: ut ex gente Cornelia, omnes Cornelii, qui ex familia Scipionum, Scipiones; qui ex familia Lentulorum, omnes Lentuli, &c. Agnomen dicebant, quod ab eventu aliquo ducebatur, ut Publius Scipio ex Africa, Lucius ex Asia oportedia agnomen acceperunt, quamquam eis dem essent familiæ, teste Cic. pro *Muræn.* quo tamen loco agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. c.* 16. *Divitem Crassi*, & *libro de concit. c. 2. Sapientem M. Catonis cognomen fuisse* scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis, & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & post. l. hæredes*, 21. §. 1. *qui test. fac. l. 8. §. 2. de c. tab.* Unde apparet, veteres appellatione cognominis etiam agnomen complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib. 1. de invent. c. 9. Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet*. Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti consueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Julius Cæsar; M. Tullius Cicero*. Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse τὸ κύριον ὄνομα,

prænomen, quod nomini præponitur, a majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium, a parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur. VINN. Omnibus Romanis fuisse cognomen, haud facile demonstraveris: Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio observavit Plutarchus *in vita Marii ab init.* Sic & fœminæ eodem teste, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia, immo & prænomen, ut a Perizonio, Spanhemio, aliisque demonstratum est, sed nullo cognomine. Sed & id observandum, gnati Sulpitiæ bina semper fuisse prænomina: alterum commune, SERVIUS: alterum proprium, ut *Cajus, Marcus*, &c. Adoptivi plerumque retento prænomine, adsumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis, ex qua prodierant, inflexum in ANUS e. g. M. JULIUS OCTAVIANUS. Sed hæc tamen non semper ita se habuisse permultis exemplis ostendit vir summus Ez. Spanhemius *de usu & præst. numism.* HEIN.

Cum de persona constat. Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ circa controversiam suo nomine, cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstretur, valet institutio & legatum perinde, ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l. quoties 9. §. si quis 8. de hær. inst. l. 8. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 4. C. de testam.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & post. hum.* (2) Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omnino adjectum non esset: dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari a testatore, ut certo appareat, quem ille intellexerit, *dict. l. quoties 9. §. si quis 8.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumve est, ut non intelligatur, ***l. 2. de his, quæ non script. hab.*** Finge ergo, hæc modo vel instituisse; *Corneliæ sororis meæ, filius hæres esto*, vel legasse, *Corneliæ, sororis meæ, filio fundum illum do lego*, si soror unum tantum filium habeat, hic qua satis apparet quam testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit; *Cornelius, sororis meæ Corneliæ filius, hæres esto*: aut, ***Cornelio, sororis meæ Corneliæ filio, centum lego***: etiamsi ei non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam sic recte hæres nuncupatur indicio digiti: *Hic mihi hæres esto*, cum præsens est, qui ostenditur, *l. nemo 59. de hæred. inst.* Denique & sic quoque recte demonstratur; ***Cujus nomen in codicillis scripsero***, *ille mihi hæres esto*, *l. 10. de cond. inst.* Cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum: & debebitur Sempronianus, si constet hunc legatum esse, *leg. 4. de leg. 1.* Et convenienter, si quis cum unum tantum servum haberet, dixerit; *Servum meum Stichum do lego*, valebit legatum, licet servo *Davus*, non *Stichus*, nomen sit, *argum. §. seq.* Plane si quis cum vestem legare vellet, supel-

supellectilem scripserit, putans vestium appellatione supellectilis contineri, placet, nec supellectilem, nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de leg. 1.* [illegible] Jurisconsultus differentiæ hanc rationem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia sint, hominum mutabilia.* Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa; hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt, & pro arbitrio singulorum & imponuntur, & mutantur: illa immutabilia, quia publica & communia, *l. Labeo 7. §. 7. de sup. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis [illegible] & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει constant, & ita, ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei [illegible], sed tantum differentiam [illegible] indicant. Appellativa autem fere φύσει constant; id est, a natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt [illegible], idest principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quamdam vim, quam humanam prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi impositicia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere & [illegible] imposita sunt, non sunt tamen arbitraria, ut ex singulorum opinione exaudiri debeant, sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc, quam prima, ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit, vocabula φύσει significare, non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione, quum prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit, neutrum debetur, non vestis, quia hujus non fit mentio; non supellex, qua de hac non sensit, vocabulo hoc pluribus rebus quam vestibus conveniente. (4) Ast si Davum pro Sticho dixit, & unus tantum servus adsit, facile apparet de quo sentiret testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN. De illo quæsitum est; an non saltem valeat legatum, si res, cum oculis subjecta esset, a testatore demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit; veluti si, cum equus præsens esset, ita legavit: *Hunc [illegible] Titio lego.* DD. communiter probant sententiam A[illegible] in *l. qui extra [illegible] 65. de verb. obl.* existimantis valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minime [illegible] videtur, ei quod scribit Paulus *l. 3. de reb. dub.* eum, *qui aliud dicit, quam vult, neque id dicere, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur*: convenienter plane sententiæ sive [illegible] sive [illegible], *non videri quemquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, [illegible] quod idem valet, neminem videri [illegible], quod non dixit; quam Tubero [illegible] voluntati, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* Quamquam [illegible] magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi [illegible] æque [illegible] ac derisorium, ut illa [illegible] *l. 4. de legat. 1.* quod etiam Mynsingero [illegible]. Sane si quis chartas librorum appellatione, aut [illegible], complexus esse dicatur, locus esse potest [illegible] propter rerum affinitatem, *l. [illegible] 52. §. quod [illegible] 4. de leg. 3.* Quin etiam generaliter [illegible], si aliquo colore usuve loquendi [illegible], quo testator usus est, ad id, quod voluisse dicitur, extendi potest, *arg. l. 9. de trit. vin. obl.*

Significandam hominum gratia) Ratio elegans, si enim nomina in hoc inventa sunt, ut per ea commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitiare debet: & recte Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelletur an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur; quoniam vice mutua funguntur, quæ tantumdem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

T E X T U S.

De falsa demonstratione.

30. *Huic proxima est illa juris regula falsa demonstratione legatum non perimi. Veluti si quis ita legaverit: Stichum servum meum vernam, do, lego. Licet enim non verna, sed emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraverit: Stichum servum, quem a Sejo emi, sitque ab alio emptus; utile est legatum, si de servo constat.*

COMMENTARIUS.

1. *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legati obstet, præter falsitatem demonstrationis; quod variis exemplis declaratur.*

Quod in errore nominis personæ legatarii, aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit, legatum tamen ob id non vitietur, modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni, quæ extra nomen personæ aut rei designandæ gratia adhibeatur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legata demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset: dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio 17. in princ. & §. 1. l. si falsa 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim 34. de cond. & dem.* Eoque respicit Justin. *in princ. hujus §.* cum ait, proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperiatur, inutile hoc esse legatum traditum est. Ut ecce, testator ita legavit: *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint; placet nihil deberi, quasi certum corpus: quod in rerum natura est, legatum sit, *l. si servus 108. §. qui quinque 10. de legat. 1. l. 9. & sed & si 7. de dot. præl. junct. l. plane 34. §. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quam legatum valeat, aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus 40. §. pen. de condit. & dem.* Item si quis ita legaverit; *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum 75. §. 1. de legat. 1.* Eadem igitur ratione inutile

le erit & hoc legatum: *Quod Titio debeo, ei lego*, si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit: quamvis si ita dixerit: *Decem, quæ Titio debeo, ei lego*, nec quicquam Titio debeatur, legatum sit utile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. sic legatum 74. §. 1. l. legavi 25. sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen nec si quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse; *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego*, constat, hoc legatum inutile esse, etiamsi verum sit, centum Titio deberi, quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditori legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detracto vitio demonstrationis, id adjecta vitiosa demonstratio utile efficere non potest. Finge iterum legasse hoc modo: *Titio centum, quæ mihi debet, lego*, cum Titius nihil deberet, responsum est, nihil hic item esse in legato, multumque interesse inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, *d. l. sic legatum 74. §. 2. d. l. legavi 21. vers. quod si sic*. Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeri, si non petat, ultro pulsari possit, ut debitorem liberet, *l. 3. §. 3. de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest, ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum, quæ Titius ei debebat, legaverit Sempronio dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat *d. l. si sic. legatum 75. §. 2.* quippe nec hic legantur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet; quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum 75. §. 2.* breviter his verbis significat; *Esse enim debitor debet*.

Stichum servum meum vernam) Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, ἀδελφοὶ, ἐκτραφείς. Quod nomen Festus *a verno* deductum putat, *quod id tempus duce natura fætura est*. Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua, una vernacula*, id est ἐπιχώριος. Cicero 5. in *Ver. cap. 61. Vernaculum crimen* pro domestico. *Auctor incert. de bello Hispan. cap. 7. Vernaculas Pompeii legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum, quem a Seio emi.) Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio 17. §. 1. de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit: *Stichum sutorem, Stichum cocum Titio lego*. Licet enim neque sutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensisse testatorem apparet. Exempla autem hæc sunt falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ: idem vero etiam obtinet, si in persona legatarii designanda quid erratum sit, aut falso demonstratum, puta circa corpus, vel artificium, vel officium, vel patriam, vel necessitudinem, vel affinitatem, dummodo de persona eius constet, cui testator legaverit, *d. l. 17. §. 1. l. falsa 33. & l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum sensu per sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato, quam falsa demonstratio: non etiam error, qui obsit voluntati, qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis. Nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit, ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, *arg. l. 4. & l. 7. Cod. de hær. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum quis ita dixerit*: Titio, quia me absente negotia mea curavit, Stichum do lego, *vel ita*: Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego. *Licet enim neque negotia testatoris umquam gesserit Titius, neque patrocinio eius liberatus sit, legatum tamen valeat. Sed si conditionaliter enunciata fuerit causa? aliud juris est, veluti hoc modo*, Titio, si negotia mea curaverit, fundum meum do lego.

NOTÆ.

31. *Legato non nocet*) Quia ait Papinianus: ratio legandi legato non cohæret, *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem legari non potest.

COMMENTARIUS.

1 *Cur longe minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur: quam falsa demonstratio?*
2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere.*
3 *Qua ratione legatum in proposito sustineatur?*
4 *Insigne hujus juris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant, & discrepent?*

Quod juris est, ait Caius, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio 17. §. 2. de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus 52. de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici προκαταρκτικὴν vocarent, alias αἰτίαν, occasio, causa impellens dicitur. Igitur causa, id est, ratio legandi, etiamsi falsa sit, legato non obest. (1) Sed cur ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohærent, adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi a legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus, *l. cum tale, 72, §. falsam 6. de cond. & dem* cum ideo falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret*. (2) Causa, quæ in futurum confertur, modus appellatur, veluti: *Centum lego ut opus extruatur*, &c. *d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est, perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui, 92. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.*

3. *Legatum tamen valet*) Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippe sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari 82. de reg. jur. l. damus, 52. l. in summa, 65. §. de cond. ind.* Cum igitur gratuitam meramque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis, qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid

 de-

dederit, quod negotia sua adjuta putaverit, talia licet [illegible] datum constitit, nec repeti potest, d. l. [illegible] 52. [illegible] redditurque hæc ratio in d. [illegible] l. in [illegible], 65. §. 2. [illegible] quia qui dedit, donare voluit. Et [illegible] magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, arg. l. in test. 12. de reg. jur. VINN. Accedit & alia ratio [illegible] propria. *Legare*, ut supra ex Ulpiano [illegible], est *legis modo aliquid relinquere*. Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat, tamen talia ratione [illegible]: quia tam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Recte Puffendorf. *de J. N. & G. lib. 1. c. 6. §. 1. Lex licet & ipsa suas non debeat* [illegible], *hæ tamen* [illegible] *sunt, quæ* [illegible] *ipsi* [illegible], *sed potestas præcipientis, qui* [illegible] *obligationem* [illegible] *præscriptum faciendi, etsi* [illegible] *haud ita liquido adpareant*. [illegible] & hæredi necessitas imponitur, voluntatis testatoris, tanquam legislatoris adimplendæ, si vel maxime [illegible] nullam vel falsam adjecerit legato. HEIN. 4. Ceterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit, *l.* [illegible] *tale*, 72. §. *falsam*, 6. [illegible] nisi hæres probet [illegible] legatarium [illegible], quam adjecerit, falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt: *Sed* [illegible] *exceptio* [illegible] *fuisse*. [illegible] talia causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin tamen jure peti possit, propter [illegible], tamen [illegible], ut parentem [illegible] hæres submoveat exceptione doli mali, docens, [illegible] causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legaturum. Id vero [illegible] probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si [illegible] aliquando apud amicos aperte dixerit, se, si [illegible] causa Titius negotia sua non curasset, nihil habere, cur ei quicquam relictum vellet; vel se facere non potuisse, quia egregium officium sibi a Titio præstitum legato aliquo remuneretur, aliam legandi causam non habuisse; vel hoc unum [illegible], ut Titium [illegible], quia restitutionem sibi a Principe impetrasset, alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescunque probari potest, tanquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse, locus erit exceptioni doli: quippe quæ [illegible], qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l. 3. §. ult. de alim. leg. l. 4. §.* [illegible] 10. [illegible]. Et ideo si quis [illegible] Titio [illegible] sua negotia [illegible] curanda commisisset, [illegible] diligenter curaturum, eumdem eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam [illegible] & negotia illa [illegible] petenti legatario [illegible] doli mali exceptionem.

[illegible] Si causa conditionaliter [illegible] modo [illegible] [illegible]

legatum est sub modo, *d. l. demonstratio*, 17. §. *ult.* si ita dixerit: *Do lego, si monumentum faciat*, est conditionale. Effectus autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præstita scilicet cautione de re restituenda, si modus non impleatur; sub conditione autem relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit, extinguitur, *l. 3. l. C. de cond. insert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo exspectatur. Nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsentatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum ei, ad quem jure civili, deficiente conditione, legatum pertinere poterat. Quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa est & composita, Muciana dicta: atque in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. his qui* 18. *de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis D. Taiden. & Perez. *ad tit de fab. cauf. adj. & 2. seq.* Christin. *vol. 5. decis.* 48.

T E X T U S.

De servo hæredis.

32. *An servo hæredis recte legemus, quæritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.*

C O M M E N T A R I U S.

HUjus & sequentis §. exiguus hodie usus est, servitute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis recte legetur? altera §. seq. an recte legetur domino servi hæredis [illegible]?

Pure inutiliter legari] Quod servo legatur, ipsi domino legari intelligitur, *l.* [illegible] 31. [illegible] proinde si servo legetur, vel ipsi hæredi a semetipso legatur: quod a juris ratione alienum est, *l. & quidem* 13. *l. legatum* 116. §. 1. *de legat.* 1. Ulp. *tit.* 24. §. 20. neque natura patitur, ut idem sibi & creditor sit & debitor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari velimus: nam hæres sibi creditor sit oportet, quia dominus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eamdem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest. *l. sicut C. de solut.* [illegible] *Cod. de* [illegible].

Si vivo testatore de potestate [illegible]] Ut [illegible] quod pure relictum est, valeat, necesse est tempore facti testamenti [illegible], juxta præscriptam regulæ Catonianæ, quæ quod legatum initio [illegible] testatore statim [illegible], ex postfacto convalescere non patitur, *l. 1. de reg. Caton.* Atqui in proposito, si statim testator decessisset, servus habere legatum non posset. Eadem ratione supra [illegible] est, cur res sua [illegible] legetur, quia hoc legatum ab initio non constitit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit. §. [illegible] 10. *sup.* [illegible].

Sub conditione vero recte] Quod legatum per conditionem [illegible], id in incerto est, aliquando validum fit, [illegible], ut [illegible] non possit tempore testa-

men-

menti valere aut non valere: & ideo placet, Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l. 4. de reg. Caton.* Quæ ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l. 3. eod.*

An quo tempore dies legati cedit. Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. dies leg.* id est, legatum sub conditione datum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. cedere diem 213. de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit, cum conditio existit, rem in eo statu esse, ut possit vires capere; quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, procul dubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis: potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catonianæ conjungatur cum tempore testamenti facti, perindeque omnino habeatur, licet diutius testatorem vivere contingat, ac si statim testamenti facti tempore decessisset. Ex quo est, quod nec ad ulla legata regula pertineat, quorum dies non cedit tempore mortis, *l. 3. de reg. Caton.*

TEXTUS.

De domino hæredis.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam et si statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur, cum hæreditas a legato separata sit, & possit per eum servum alius hæres effici, si is prius, quam jussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus, ipse hæres efficitur, quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

COMMENTARIUS.

HÆC species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione recte legari hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæres sit, non cedit, intelligens, legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cum domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit; posse autem fieri, ut servus institutus, priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit, hæreditatem acquirat, non atque sic hæreditas a legato separata. Cum itaque legatum & hæreditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet, legatum interim in suspenso esse; & siquidem servus, antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si vero in eadem causa manserit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, a filio hærede patri etiam pure legari posse, *leg. a filio 25. leg. quæsitum 91. in princ. de legat. 1.*

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus, scripturæ ordinem quidem sequi, quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum, sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem, & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredum institutiones, legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

NOTÆ.

34. *Sperni testatoris voluntatem.* Quæ etiam ex veterum sententia totum in testamento facit, *l. 36. §. 3. de hæred. instit. l. 12. in fin. de legat. 1.*

Et ante hæredis institutionem. Nam in actu continuo & unius temporis, nihil interest, quid prius videri debet; mænetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequitur, sive antecedat. Wesemb.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta:* & *n. 2.*

SEquitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur: & nimirum hæc tria, quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

Ante hæredis institutionem. Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum non esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant: veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset: *Titio centum do lego*; deinde loco secundo: *Sempronius mihi hæres esto*: legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum, non valebat. Ulp. *tit. 24. §. ante 14. Paul. Paul. 3. sent. 6. §. 3.* Cujus rationem hanc affert. Ulp. *quia potestas testamentorum ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur, & formam testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tanquam extra testamentum relictum videatur, ἔξω τῆς διαθήκης; ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim

insti-

[illegible] [illegible] redis caput & fundamentum testamenti, ex [illegible] [illegible] [illegible] vires accipiat, uti revera accipit; *l.* [illegible] *per manus* 10. *de jur. codem*; non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendum quasi extra testamentum relictum sit; quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil in eo [illegible] videri debet, & proinde sive antecedat legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit: Ulp. *tit.* 25. §. 6. & *l. tutor.* §. *ad certum* 3. *sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, *l.* 1. *de hær. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas ante hæredis institutionem) Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor: tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quam cætera legata. Excipit Ulp. testamentum militis, *lit.* 1. *de libert.* §. *post mortem* 15.

Et ipsi antiquitatis) Ipsi etiam veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis, quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt; ut in *l.* 14. *de pec. leg. l. cum pater* 77. §. *fidei* 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de [illegible]* *l. si item* 14. *de legat.* 2. Et idem idem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto* 35. §. *verum* 3. *de hæredit. inst. l. si nihil* 12. *[illegible]* 1. At enim in hac specie, quæ non tam ab ordine scripturæ, quam a juris ratione dependere visa est, non sunt ausi inde definire. Quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cum illud admiserint, ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, §. 3. *inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc reciperent, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quam legatum sine hæredis institutione. Denique cum, ut antea diximus, actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cum totum illud, quod fit, unus sit, unus temporis actus. *l. hæredes* 21. §. *ult. qui test.* quod & Dom. Wesemb. notat.

Per nostram constitutionem) Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Menam Præfectum prætorio in *l. ambiguitate* 24. *Cod. de testam.* qua tamen nihil aliud [illegible], quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, quæ primum atque ex professo jus vetus abolitum est, [illegible]. [illegible] quod [illegible] existimat, constitutione illa [illegible], ut ordo, qui hic communem [illegible], a [illegible] observari debeat, & tantum inverso ordinis in [illegible] testamentario facta non vitiaret testamentum, [illegible] verba hujus textus, quæ [illegible], Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simplici [illegible], veterem ordinem [illegible] vet, [illegible].

[illegible]) [illegible] veteri licitum fuisse [illegible] Paul. 3. *sent.* 6. §. [illegible] Nostri [illegible] [illegible] [illegible], [illegible] a legatis & fideicommissis [illegible] incipiant, quod patent, inverti [illegible] ordinem, [illegible] hæredis institutio, quæ tamen caput [illegible] [illegible] loco scribatur. Gomez. 1. *var. resol.* 2. *num.* 5. Jacob. Verwey. *art. test. cap.* 16.

TEXTUS.

De legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur, veluti si quis ita dicat.* Cum hæres meus mortuus fuerit, do, lego. *Item*: Pridie quam hæres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legatis ad fideicommissorum similitudinem præstantes, ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum inveniatur.*

NOTÆ.

35. *Quam fideicommissor.*) Jam olim enim benigne receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Ulpianus *titul.* 25. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem hæredis, aut legatarii legare non licuerit?*
2 *Cur licuerit in tempus mortis?*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

HÆC item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulp. *titul.* 24. §. *post mortem* 15. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

Inutiliter legabatur) Ulpian. *d. l. post mortem hæredis*, inquit, *legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur; quod juris civilis ratio non patitur*: & Paul. similiter *d. loc. Post mortem hæredis legari non potest; quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest.* Credo, quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum vero post mortem hæredis aut legatarii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non coeperit a defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, §. *post mortem* 12. *inf. de inut. stip.* Jam vero si quod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incepit, adversus hæredem transire; si quod post mortem legatarii, necesse est, ut obligatio, quæ a defuncto non incepit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulpian. *tit.* 25. §. 6. Resp. Benigne id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salva in cæteris superiore regula, *leg.* 5. *de legat.* 3.

2 *Cum hæres meus mortuus*) Aut, *Titio, cum morietur, [illegible], do lego.* Enimvero quamvis post mortem legatarii non poterat, in tempus tamen mortis ejus legatarii, quam hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio, cum morietur do lego*, vel: *Hæres meus, cum morietur, damnas esto dare.* Paul. *d. loc.*

§. 5.

§. 5. & Ulp. *eod. l. si pecunia* 12. §. 1. *de l. g.* 2. *l. hære.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. *ita autem* 14. *infr. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. penult. de collat. l. nec emancipatis* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum est, cum pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vita, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l. 6. Cod. d. t.* Ulp. *tit. de poss. dand.* §. 3. ade. Cujac. 3. *obs.* 34.

Pridie quam hæres aut legatarius morietur) Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres aut legatarius, sciri possit, quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse credidetant, quam si expresse post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi. *Pridie quam moriar*, vel: *Pridie, quam morieris, dare spondes?* inutilis erat, *d.* §. *post mortem* 12. *infr. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

Correximus) Ex constitutione Justiniani etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *leg. scrupulosam 7. Cod. de contr. stipul.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. Cod. ut act. ab hæred.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura pura subtilitate consistebat. Cur enim, cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem, aut in ante diem mortis? Meræ subtilitatis est, momentum mortis vitæ in hac causa attribuere; atque hoc solo colore defendere legatum: aut propter illud verbum *pridie* voluntatem testatoris infirmari.

Quam fideicommissorum) Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredis recte relinquebantur, teste Ulpianus *tit.* 35. §. 6. *& in leg.* 5. §. 1. *de legation.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur, vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat; aut non faciat, veluti si quis ita scripserit:* Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit; *vel ex diverso:* Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: *aut si ita scripserit.* Hæres meus si servum Stichum alienaverit: *vel ex diverso:* Si non alienaverit, Tito decem aureos dato. *Et in tantum hæc regula observabatur, ut quam plurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod ei pœnæ nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliæ militum voluntates in ordinandis testamentis valde observabantur: quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœnæ nomine adjici posse, Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat;* Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. *Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare a cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel transferendo: exceptis videlicet iis, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta aut alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

NOTÆ.

36. *Quod coercendi hæredis causa*) Addit Ulpianus *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id, non ut legatum facilius a legatario obtineatur. Itaque tale legatum. *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, centum dato, l.* 1. *de pen. leg.* & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: etsi enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in *l. 1. de his, quæ pen. caus.* interpolatus videtur a Tribon.

Secta meorum temporum) Ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pact.* Alexand. *l. 2. Cod. ad l. Jul. maj.* Trajan. *ad Plin.* 10. 56. Igitur tale legatum: *Hæres meus nisi mare ebiberit*, aut *nisi uxorem prostituerit*, *centum Titio dato*, nullius momenti ast: quia pœnæ causa hæredi quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cum impossibilitas imponitur legatario, puta hoc modo: *Titio, si mare ebiberit*, &c. *centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut §. *propon. sup. de hær. inst.* quod notandum.

COMMENTARIUS.

1. *Veteris juris, quod hic refertur, variæ rationes.*
2. *Quid sit pœnæ nomine legare?*
3. *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*
4. *Interp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quid sit pœnæ nomine legare.*
5. *Notatur Bachovii & Sutholti insignis error.*

Tertia hæc species est, in qua jus vetus circa formam legandi a Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut qualecumque hoc esset, in totum non valeret, Ulpianus *tit.* 24. §. *pœnæ* 17. *fac. l.* 12. *de cond. & dem. l.* 2. *de his quæ pen. nom.* Jul. Cap. *in Anton. cap.* 8. *Primus constituit, ne pœnæ causa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommissorum, quam legatorum causa fuit, Ulps *t.* 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theoph. memorat. Primum, quoniam in hæredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *leg. senatus* 43. §. *penult. de legat.* 1. Deinde, quia finis legandi hujusmodi legato obstat, quip-

quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi, aut terrendi hæredis causa relinqui: pœnæ vero causa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui, sed contra naturam legati odio hæredis, ut sit pœna, non præmium, non honos. Quin & tertia ejusdem juris ratio dari potest, quod scilicet per ejusmodi legata infringeretur libertas faciendi, quod jure cuique facere licet, & libere debet; quod & ipsum jus civile improbat, *l. Titio*, 71. §. 2. *de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait, hoc genus legati modum quemdam præscribere hæredibus; καθ' ὃν ἔδει αὐτοὺς πολιτεύεσθαι.

Adimeatur vel transferatur) Exemplum sit. *Titio centum do, lego, Titius filiam suam Seio in matrimonium non collocet. Si Titius filiam suam Seio collocaverit, quod Titio legavi, non do, non lego*; vel, *Quod Titio legavi, Sempronio do, lego.*

Quod coercendi hæredis causa relinquitur) Vel etiam quod coercendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulpian. *tit.* 24. §. *pœnæ*, 16. *pœnæ*, inquit *causa legatur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, ut faciat quid, aut non faciat, non ut quod ad alium pertineat, non ut legatum, quod alicui relictum est, ut illius a legatario percipiatur, aut obtineatur.* Quæ non a initio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratia legat, sed eum solum, qui nullam aliam causam legandi habet, quam ut hæres coerceatur, quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non solum cum hæres non constringitur ullo modo, sed etiam cum constringitur aut coercetur, sed alius rei gratia, legati scilicet, quod datum est, juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observabatur) Amplificat veterem regulam quatuor modis. 1. quod etiam Principes in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subiciebant. 2. quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debeantur. 3. quod nec libertas quidem pœnæ causa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ causa adjici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod nec fideicommissa, quorum longe laxior natura, quam legatorum erat, pœnæ nomine dari poterant. Ulpian. *tit.* 25. §. *pœnæ*, 11.

Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit) Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea, quæ extat in *leg. unic. Cod. de his, quæ pœn. nom.* ut jam, quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adimuntur, aut transferuntur, non minus valeant, quam cætera, quæ jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres instituitur, aut legato honoratur, pro modo relicti a testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit licite, & honeste possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex facto*, 35. §. *verum*, 3. *de hær. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur a pœna, Covar. *in cap. Raynut.* §. 1. *num.* 7. *Panl. de testam.* Peregr. *lib.* 3. *de jur. fisc. cap.* 18. *num.* 108. Sand. *lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. Ex his vero perspicuum est, errare Interpretes, qui putant, jam tum tempore mediæ jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hic intelligere jus quoddam antiquius eo, quod relatum est in Pandectas. Causam errori præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum; *Hæres uxori meæ penum dato: si non dederit, censum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pen. leg. l.* 1. §. *item si*, 18. *ad leg. Falcid. l. cum fine*, 19. *quand. d. l.* exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verum ex definitione Ulp. paulo ante a me relata atque illustrata facile apparet, hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere, quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coerceatur, sed totum appareat relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse, est, ut cum Cujac. *tract.* 5. *ad Afr. in l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem: *Hæres meus tale monumentum mihi ædificato: si non ædificaverit, centum Titio dato*, *l.* 7. *l. in test.* 27. *de cond. & dem.* Nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipue testatoris causa relictum est, quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justinianus movere Interpretes potuit, *d. l.* 1. *de his, quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba *illicite, vel probrose* responso Africani inseruisse, atque in calcem item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem, sublato jure veteri, permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est eruditis, *leg.* 1. *ff. de his, quæ pœn. caus.* esse a Triboniano interpolatam. Potius Vir Illustris, Corn. Van-Bynkersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata visu olim pœnæ nomine relinqui, quibus testator hæredem ad probrosum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ si vera sunt, non potest quidem Tribonianus argui, quod constitutioni Justiniani subserviens responsum Africani interpolavit: at erit tamen tunc ejus culpæ reus, quod non intelligens naturam horum legatorum Justiniano auctor fuerit legati pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata, quibus hæres ad turpe facinus impellatur, quum tamen hæc sola sint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus, quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum, id est, actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulp. *tit.* 24. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit, ac hic Justinianus; is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerint omnia, quæ ab hærede ejus vexandi caussa relinquebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit testamentum illud Straberi apud Horat. *lib.* II. *serm. satyr.* 3. *vers.* 84.

Hæredes Straberi summam incidere sepulcro:
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum arbitrio.
Arri, &
Frumentum, quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulir, jussitque rata esse hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum hæredi injungeretur. Conf. V. Cl. Nicol. Hieron. Gundl. *diss. de pœnit. hær. l.* 6. §. 22. HEIN.

Im-

Impossibilia, vel legibus interdicta) Impossibila, veluti si quis ita leget; *Hæres meus, nisi digito cælum tetigerit*, aut, *nisi mare ebiberit*, *Titio centum dato*. Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget: *Nisi amicam uxorem duxerit*, dato; vel, *Si parenti alimenta præstiterit*: *Si patrem ab hostibus redemerit*, *dato*, *leg. conditione*, 9. *de condit. instit.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur) Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *leg. aliud est fraus*, 131. *de verb. signif.* Quæ vero culpa aut fraus in eo qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum: *Hæres meus, nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *dict. leg. unic. Cod. de his, quæ pœn. nom.* notat, & diserte scriptum est in *dict. leg.* 11. *Pan. eod.* Mirorque adeo judicium Bachovii in *Transl. vol.* 2. *disp.* 23. *thes.* 6. & Sutholti, qui hoc a præceptore hausit, *diss.* 11. *n.* 59. contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum, & pro non adjecto haberi, quod adjectum, impossibile aut legibus interdictum est, *arg.* §. *impossibilis*, 10. *sup. de hær. inst. l. ab omnibus*, 104. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 3. *de cond. & demonst. cum sim.* quibus locis traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare: sed ipsam vitiari & pro non scripta esse: Quis enim non videt, quantum intersit, utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio, si digito cælum tetigerit, si uxorem suam prostituerit, centum do, lego*, ac centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto, quod impossibile aut probrosum; veluti si ita dicat; *Hæres meus, nisi digito cælum tetigerit, nisi uxorem suam prostituerit, centum dare damnas esto*? Illic legatum non vitiatur, sed favore ultimæ voluntatis ejusmodi conditiones detrahuntur aut remittuntur, ne legatario, cui nihil imputari potest, fraudi sit, quod non pareat conditioni, cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilis aut turpis conditio; sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, idest, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic, inquam, tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non mereretur. Atque hanc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachov. & verum esse confessus est in comm. ad hunc §.

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE ADEMPTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. *Tit.* 4.

Continuatio. Quam variis modis ademptio legatorum fiat.

Dictum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo recte ab initio constituta infirmentur. Id fit, cum aliis modis, tum maxime ademptione aut translatione, de quibus etiam hic Justinianus solum agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit, id ei adimere, aut in alium transferre possit, voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l.* 4. *h. t.* Ademptione legati, vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaravit contrariam voluntatem: idque vel verbis, sive directo contrariis, dum testator se adimere quod dedit, sive aliis quibuscumque, ex quibus aperte intelligatur, pœnituisse eum prioris voluntatis; *arg. l. Divi*, 13. *eod.* vel rebus & factis: veluti si legatum consultum induxerit, *l. nihil interest*, 16. *eod.* aut rem legatam destruxerit, *l. si ita*, 67. §. *ult. de leg.* 1. *l. lan.* 88. §. 1. *de leg.* 3. aut in novam speciem transtulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l. lana*, 77. *in princ.* & §. 1. vel nulla necessitate adductus alienaverit; de quo dictum *t. præc.* §. *si rem*, 12. vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. *tam autem*, 21. *eod. t.* Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit, se legatum adimere: veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, *l.* 3. §. *ult.* junct. *l. seq. h. t.* Proinde omnino assentior Bart. in *l. si ita*, 14. *de leg.* 1. Ant. Mynsing. & Sch. *hic*, posse legatarium opposita exceptione doli summoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstet omnibus, qui voluntate testatoris destituuntur, *l.* 4. §. *præterea*, 20. *de dol. mal. exc. l. militis*, 36. §. 3. *de test. mil.* Præter hæc, quod hic non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, *l. filio*, 17. *de inj. rupt. l.* 8. §. *pen. de inoff. test. l. si nemo*, 181. *de reg. jur. l.* 1. *C. de post. hær. inst.* una tamen hic exceptio est ex jure novissimo; nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exhæredationis; quod cum incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere, *auth. ex causa C. de lib. præt.* vid. *supr. t. de inoff. test.* Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri potest; de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademptione.

Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio, veluti si, quod ita quis legaverit, Do, lego, *ita adimatur*, Non do, non lego, *sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

NOTÆ.

Sive codicillis) Testamento confirmatis ipso jure, Ulp. tit. 24. §. 27. fac. *l.* 43. *de man. test. d. l.* 16. *de vulg. & pup.* non confirmatis tuitione Prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.*

Firma est) *leg.* 17. *Cod. de leg.* Quippe voluntas defuncti

unde & ambulatoria eſt uſque ad vitæ ſupremum exitum, *leg. 4. h. tit.*

Aliis quibuſcumque verbis) Ut in *l. 3. §. 8. l. eod.* vel ſi facto aliquo contra contrariam voluntatem declaravit, cujuſmodi exempla habes, *leg. 16. eod. l. 65. §. de leg. 1. l. 88. eod. 3. §. 12. ſup. tit. præc.* Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præſumptione, veluti ſi graves inimicitiæ inter teſtatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio ſecuta, *l. 3. §. ult. cum l. ſeq. h. tit.*

COMMENTARIUS.

S*Ive eodem teſtamento*) Meminit tantum ejuſdem teſtamenti, propterea quod ſi aliud teſtamentum factum fuerit, non ipſo legata priore teſtamento relicta infirmantur, unaque cum teſtamento, in quo relicta ſunt, citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur, quod priore teſtamento datum eſt, id poſteriore adimi poteſt, *l. Divi, 13. l. nihil prohibet, 17. hoc tit. l. ſi quis 16. de vulg. & pup.* Atque adeo etiam ſtatim & continenter, ut opinor, revocari: puta hoc modo: *Centum Titio do, lego; eadem non do, non lego.* Neque obſtat, quod traditur in *l. ult. 188. de reg. jur.* ubi pugnantium in teſtamento jubetur neutrum valere, quod Græci reddiderunt τὰ ἐν ταὐτῷ ... quoniam regula ita procedit in perplexis atque inter ſe colliſentibus: cujuſmodi ſpeciem habemus in *leg. Titius, 6. de cond. inſt.* non ubi prior ſcriptura per poſteriorem corrigitur, commutatur, aut reſcinditur, *d. l. nihil prohibet, 17. & ibi Gloſſ. & Bart. h. tit.*

Sive codicillis) Intellige teſtamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teſte Accurſ. *hic & in præf. Nov. 159. verſ. manifeſtum.* Quippe cum codicillis teſtamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l. libertate, 43. de man. teſt. §. præterea, 10. inſt. de fid. hær.* conſequens eſt, & arguit, *l. ſi quis, 16. de vulg. & pup.* nec quod teſtamento datum erat, codicillis non confirmatis potuiſſe adimi, ita quidem certe, ut ademptio ipſo jure valeret: nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc caſu repelli potuerit, non eſt dubitandum, *l. 4. §. præterea, 10. de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurſ. *d. loc. & Bart. in leg. ſi ita, 14. de legat. 1.* quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipſo jure legatum adimi, hic contra, ipſo jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure dici recte poterit. Quemadmodum autem olim legata ab inteſtato dari non poterant, quæri non poteſt, an ita data aliis codicillis potuerint adimi? ſed huic quæſtioni locus erat in fideicommiſſis. Hodie tamen, cum legatis exæquata ſint fideicommiſſa, eadem cum fideicommiſſis conditio legatorum: cumque dari legata codicillis, & ab inteſtato poſſint, conſentaneum eſt poſſe etiam ipſo jure ſimiliter adimi, eoque jure utimur.

TEXTUS.

De Translatione.

1. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium poteſt, veluti ſi quis ita dixerit:* Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego: *ſive in eodem teſtamento, ſive codicillis id fecerit, quo caſu ſimul & Titio adimi videtur, & Sejo dari.*

COMMENTARIUS.

A*B alio ad alium*) Ex Cajo *l. g. 5. hoc tit.* Poteſt vero & aliis modis translatio fieri. Paul. *l. 6. eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *a perſona in perſonam transfertur*; ad quem modum pertinet ſpecies hic propoſita: *aut ab eo, qui dare juſſus eſt, transfertur, ut alius det; aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei: aut quod pure datum eſt, transfertur ſub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod prius ſub conditione datum eſt, deinde pure legatur, *l. non ad eo, 89. de cond. & dem.*

Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do, lego) Videtur hæc formula ſimilis eſſe formulæ conjunctionis, qua res fieri dicitur, cum disjunctim eadem res duobus legatur; qualis illa: *Titio hominem Stichum do, lego. Sejo eundem do, lego*: quia nil Titio adimi, ſed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, *§. ſi eadem, 8. inſt. de legat.* niſi evidenter appareat, adimere teſtatorem voluiſſe, *leg. ſi pluribus, 33. d. legat. 1.* Sed diverſæ omnino ſunt hæ formulæ; & cum quis ita dicit, *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego*; ex ipſa conceptione perſpicue apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, ſed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob cauſam etiamſi perſona legatarii non mutetur, ſed verbi gratia ita teſtator ſcripſerit, ſi ita ei continenti: *Stichum, quem Titio legavi, heres meus ei dato, ſi illud aut illud factum erit*: legatum ſub conditione translatum videri reſponſum eſt, eo quod commemoratione prioris legati poſterius ſcriptum ſit, *leg. non ad eo, 89. de cond. & demonſt.* Obſtare tamen videtur, quod ex Juliano Ulp. & Paulus referunt in hac ſpecie, *Ex qua parte Sejum inſtitui, ex eadem parte Sempronius hæres eſto*: Sejum & Sempronium conjunctim intelligi inſtitutos, *leg. Julianus, 15. in prin. de hæred. inſt. l. triplici, 142. in fin. de verb. ſign.* Sunt qui in inſtitutione hæredum hoc jus eſſe arbitrantur, in legatis contra: quod ego falſum puto, & diverſas eſſe formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego*, illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur; hac uterque in eandem rem manifeſte conjungitur, cum idem uterque legatur. VINN. Alioquin dari ſolet regula: *Ex repetitione nominis primi legatarii præſumi translationem; ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem*: exempli cauſa, Stichum, quem Titio legavi, Cajo do, lego. Titio Stichum do, lego, eundem Cajo do, lego. Nec obſtat exemplum ex *leg. 15. princ. ff. de hæred. inſt.* Nam ſi Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo; res ipſa docet, hic non translationem eſſe, ſed conjunctionem. Regula autem noſtra indicat, quid in dubio ſit præſumendum. Confer celeb. Pagen in *Adm. ad Pandect. part. 5. §. 148. p. 581.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. Lib. 36. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 49. Nov. 1.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

IN diſputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua noviſſime antiqua legandi licentia repreſſa & modus legatorum conſtitutus eſt. Indicatur hic primum occaſio hujus legis ferendæ, inde ſumma juris lege.

lege conſtituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore viſum ſit ſpectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Poſtremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, oſtenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis ineatur.

T E X T U S.

Continuatio. Ratio & ſumma hujus legis.

Supereſt, ut de lege Falcidia diſpiciamus, qua modus noviſſime legatis impoſitus eſt. Cum enim olim lege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum eſſet, Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto: *viſum eſt hanc legandi licentiam coarctare: idque ipſorum teſtatorum gratia proviſum eſt, ob id quod plerumque inteſtati moriebantur, recuſantibus ſcriptis hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum ſuper hoc tam lex Furia, quam lex Voconia latæ ſint, quarum neutra ſufficiens ad rei conſummationem videbatur, noviſſime lata eſt lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id eſt, ut ſive unus hæres inſtitutus ſit, ſive plures, apud eum eoſve pars quarta remaneat.*

N O T Æ.

Ipſorum teſtatorum gratia) Non ſingulorum; ſed in genere & quaſi in abſtracto conſideratorum. Nam ſingulorum potius hæredum gratia leges hæ latæ, *l. 17. h. t.*

Tam lex Furia, quam Voconia) Quarum illa cavebat, ne ſupra mille aſſes legare liceret. Ulp. in *fragm. pr.* Hæc, ne quis cenſus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem perveniret. Cicer. I. *in Verr. c. 43.* Theop. *hic* add. Cujac.

Sive unus, ſive plures) Hoc tamen ſic temperandum eſt, ut procedat, ſi legata ſimpliciter ab omnibus relicta ſunt; aliud, ſi unus graveetur nominatim, §. *ſeq.*

COMMENTARIUS.

1 *Occaſio legis hujuſmodi ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis duodecim Tabul.* uti quiſque legaſſit ſuæ rei.
3 *Quo aſpectu leges Furia, Voconia, Falcidia teſtatorum gratia latæ dicantur?*
4 *Latas eſſe haſce leges hæredum potiſſimum cauſa, non ſingulorum teſtatorum.*
5 *Quid a quo cautum lege Furia?*
6 *Quid a quo lege Voconia?*
7 *Quando & a quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum?*
8 *Ad quæ vel ſtatim, vel ſenſim virtus legis producta?*

L*Ege duodecim tabularum libera erat legandi poteſtas*) Cauſa ſeu potius occaſio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tabularum licebat teſtatoribus univerſum patrimonium ſuum in legata conſumere, nihil ut hæredi relinqueretur præter onus, & moleſtiam æris alieni. Sic enim ea lege ſimpliciter cautum erat, uti quiſque legaviſſet, ita uti jus eſſet, *l. verbis, 120. de verb. ſignif.* Hac licentia cum teſtatores uſi eſſent, eveniebat plerumque, ut ſuprema eorum judicia deſtituerentur, recuſantibus ſcriptis hæredibus nullo ſuo, aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis ſæpe oneribus minimeque neceſſariis ſe implicare. Quod cum & ipſis teſtatoribus inutile eſſet, & publice intereſſe exiſtimaretur ſupremas hominum voluntates conſervari, *l. 5. teſt. quem aper.* viſum eſt ex uſu eſſe reip. hæredes juſto aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo ſuprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri poſſe creditum eſt: ſi libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhauſtum foret, eſſet aliquid videlicet, quod hæredes ex teſtamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia, deinde Voconia tentata eſſet, tandem lege Falcidia perfecta eſt.

Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, Ita quoque verba legis duodecim tabularum referuntur in *l. verb. 120. de verb. ſignif. Legaſſit ſuæ rei* dictum pro *ſuper pecunia & re ſua*; quomodo auctor *ad Herenn. lib. 1.* & Ulp. *in fragm. t. 11. §. teſtament. 13.* legis verba referunt, quaſi dictum eſſet, pro commodo & utilitate rei ſuæ; ut ſi dativus acquiſitive poſitus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim minime convenit, ut hæc verba *rei ſuæ*, non ad verbum *legaſſit*, ſed ad illa, *jus eſto*, referantur, atque ita legemus, *Uti legaſſit, ita ut rei ſuæ jus eſto.* quod voluit Alciat. *ad dict. leg. verbi,* 120. & Baro *hic*. Primum quia verba illa, *ita jus eſto*, abſolute ponuntur. Deinde, quia etſi tranſitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur, *ita jus eſto illius rei*, ſed *de illa re*. Denique non dicimus, ſi quis quid legaverit, *ita jus eſto de re ſua*, ſed *de re ejus*, utentes pronomine demonſtrativo, non reciproco: quia legans de ſe prius locutus non eſt. VINN. Legem hanc decemviralem, jam alio loco expoſuimus uberius. Conf. & *Ant. noſtr. Rom. l. 11. tit. 15. §. 2. nota p. 456. edit. nov.* HEIN.

Ipſorum teſtatorum gratia) Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipſorum teſtatorum gratia latas, ne ſcilicet, ut ſubjicit, voluntas eorum deſtituto teſtamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui ſubſtantiam omnem legatis erogant, credibile ſit, errore ductos id facere, exiſtimantes, plus ſe in bonis habere, quam habent, *arg. l. in fraudem, 25. qui & a quib. mund.* Quamquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & ſecundum eam exhauſto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere poſſunt, ut voluntas ſervetur; quippe qui ne deſerto teſtamento nihil conſequantur, potius cum hærede paciſcentur, partemque remittent, §. 2. *inſr. in fin. eod.* tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, ſi jure ſuo & beneficio legis partem aliquam haberent, quam ſi beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges haſce rogatas non eſſe ſingulorum teſtatorum gratia, ſed tantum in genere & quaſi in abſtracto teſtatores a legumlatoribus conſideratos, tamquam omnes ita affecti ſint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem ſuam in totum perire. Etenim ſingulorum teſtatorum favore ſi hæ leges introductæ eſſent, licuiſſet ſingulis, & verbi cauſa, Titio teſtatori huic ſuo favori renuntiare, & teſtamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuiſſe certum eſt, ſed contra etiam invito teſtatore, contra ſententiam ejus, eoque prohibente, vim ſuam illa exercuiſſe, ut de lege Falcidia expreſſe traditum eſt, *l. in quibus bonis, 15. §. 1. & ult. lex Titia, 86. in fin. hoc tit.* convenienter capiti ſecundo ejuſdem legis, quo nemi-

nium plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, *l. 1. in princ. verf. fecundo eodem*. Hujus rei etiam fortissimum argumentum eft, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non effe, *leg. 7. C. eod. l. 11. Cod. de teft. milit.* Nam fi ex voluntate teftatoris induceretur, vel magis valere deberet in teftamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum tribuitur. Illud enim plane a ratione juris non alienum eft, quod cum Portio Mynfingerus tenent, ideo in teftamento militis ceffare Falcidia, quod hoc ipfo quod cautum eft nec legi Falcidiæ locus effet in teftamento militis, cautum quoque intelligatur, ut hæres a milite inftitutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, fi nolit, magiftratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum exiftimat cum Corafio, eo, quem miles hæredem inftituit, repudiante, proximos, qui ab inteftato veniunt, legati præftationi obftringi? Et quid fi illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perfpicue apparet, Falcidiam non induci ex voluntate fingulorum teftantium, quod laudatur hæres, qui folida legata præftat quafi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quam beneficium legis *leg. 1. & leg. ult. 6. eod. hoc tit. leg. 5. §. fi quis, 15. de donat. inter virum & uxorem*. Porro ex his fimul intelligimus, latas effe fuperiores leges in hæredum potiffimum gratiam & nominatim Falcidiam, de qua fola nunc quæritur: quod etiam diferte traditum eft in *leg. poteft. 71. hoc tit.* ac proinde toto cœlo errant, qui afferunt, hafce leges principaliter & potiffimum, introductas effe teftatoris caufa, fecundum autem teftatorem caufa hæredis, quo in numero etiam Divus Hotomannus eft.

Lex Furia) Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi poteftatem coanguftavit, lege perlata, ne cui fupra mille affes legare liceret, conftituta quadrupli pœna adverfus eum, qui plus cepiffet, Ulp. *tit. 1.* Theoph. *hic* qui tamen non affes, sed νομίσματα habet, id eft, aureos feu folidos. Et forte hæc eadem lex eft, quam intelligit M. Tull. *pro Corn. Balb. c. 8. Tulit*, inquit, *apud majores noftros legem C. Furius de teftamentis*, fed tamen non aufim hoc certo affirmare, quia quid ea lege, quam memorat, cautum fuerit, non exprimit: atque ex folo Ulpiano & Theophilo difcere poffumus, quid lege Furia teftamentaria, cujus hic meminit Juftinianus, cautum, tentatumque fit coercendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille affes. Qua quidem re etfi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi; & cum de fingulis dumtaxat legatariis lex caveret, facile eveniri poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato, hæreditas, præfertim non opulenta, tota abfumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

Lex Voconia) Cum ufu omnium rerum magiftro compertum effet, lege Furia fuperius incommodum nequaquam effe fublatum, Q. Voconius tribunus plebis aliud remedium adhibendum effe exiftimavit. Igitur abrogata lege Furia, ipfe aliam tulit, ne quis cenfus plus cuiquam legaret, quam ad hæredem hæredesve perveniret, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coercentur mulierum hæreditates, altero cautum quod etiam Theophilus fcribit, ne plus haberet legatarius, quam hæres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus, cum & ipfa de fingulis tantum caveret legatariis. Quid enim numerus legatariorum tantus fit, ut in fingulos fingulis fextulis erogaris, una quoque tantum fextula & forte unus aureus hæredi relinquatur? Quis fpe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantum cavebat, qui cenfus effet: ei vero, qui cenfus non effet, licebat per eamdem legem plus legare, quam ad hæredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi poteft.

Lex Falcidia) Quæ & ipfa plebifcitum eft. Lata eft a Pub. Falcidio tribuno plebis, temporibus Augufti, Cn. Domitio Calvino & C. Afinio Pollione Coff. anno ab urbe condita DCCXLV. tefte Dione *lib. 48. pag. 436*. Hac demum lege certis terminis circumfcripta eft legandi licentia, dum non de fingulis legatariis, fed de cunctis cavet, ne ultra dodrantem in legata confumatur, *leg. 1. h. t.* Quare, ut maxime legetur multis, femper tamen quadrans totorum bonorum poft hanc legem latam hæredis lucro cedat neceffe eft. Superiores igitur leges, etfi modum legatis imponebant, nullum tamen faciebant legandi finem: hæc & modum & finem fecit: quam ob caufam & ipfa fola fuperioribus antiquatis recepta, atque in hoc ufque tempus retenta eft.

Ne plus legare) Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta eft, & ftatim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis fententia ad fideicommiffa fingularum rerum. Neque enim perfuadere mihi poffum, id primum factum Senatufconfulto Pegafiano centum demum annis poft legem latam; quamvis fere omnes fic fentire videam, motos §. *fed quia* §. *feqq. tit. verf. ex fingulis*. Nam cum utrique hoc lex velit, & caveat, ne minus, quam quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui a teftatore potuerit, *l. quod bonis, 15. §. 1. & ult. h. t.* quis credat, oblique id fieri potuiffe, licitumque fuiffe tam longo tempore legis fententiam circumvenire, patrimonium fideicommiffis onerando aut exhauriendo? Neque in *dict. verf. ex fingulis*, expreffe dicitur, retentionem quartæ partis ex fingulis rebus per fideicommiffum relictis permiffam effe Senatufconfulto Pegafiano, fed fimpliciter, permiffam effe, non addito, quo jure permiffa fit. Quamquam etiam alia iftius loci interpretatio eft. Quin etfi Tribonianus exprefse hoc affirmaret, mihi tamen id fufpectum foret. Sane in libris noftris promifcue; quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommiffis fingularibus tractatur, *l. 5. l. fi tacitam, 13. l. quod bonis, 15. l. filius, 18. & paffim h. t. l. 2. & l. 3. C. eod.* Porro lex Falcidia producta etiam eft ad donationes mortis caufa, idque conftitutione *l. 5. Cod. eod. l. 2. C. de don. mort. cauf.* Quod fi quis dicat, etiam per mortis caufa donationes fraudem legi fieri potuiffe, is cogitet, ante hanc conftitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuiffe: quippe fi donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire; propterea quod vivo teftatore exibant ex bonis ejus: fiquidem etiam quod mortis caufa donabatur ἐπὶ τὸ πολὺ ftatim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujufmodi donationem licebat, nec ante plena, ac perfecta cenfebatur, quam mors infecuta fuiffet, *l. non vid. 32. de mort. cauf. don.* ob hanc caufam Severo vifum eft, id etiam quod ita donatum eft, hactenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi pofset. At fideicommiffa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum poft mortem ab hærede præftentur. Exemplo donationum mortis caufa admiffa etiam eft Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte

con-

confirmantur, *l. in donationibus*, 12. *C.h.t.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus. Quod a D. Pio factum scribit Paulus in *l. filiusfam.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditatis, de quo seorsum *tit. seq.* VINN. Id addo, ex Pauli *Rec. Sent. Lib.* III. *tit.* 8. §. I. constare, jam ista ætate legem Falcidiam etiam ad fideicommissa porrectam fuisse. Ait enim: *Exhausta legatis aut fideicommissis aut mortis causa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ institutus hæres quadrantem retinere potest*. Quamque idem Paulus *l.* 8. *ff. hoc tit.* referat, jam sub D. Pio hanc legem prolatam esse ad fideicommissa ab intestato; verosimillimum sane est clam ante eadem valuisse in fideicommissis testamento relictis. An autem jam ante SC. Pegasianum, non magis liquet, quam illam interpretationem hoc SCto fuisse invectam. HEIN.

Sive unus, sive plures) Interest vero, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis institutis alioqui nominatim gravatis: Illo enim casu sufficit, ut solida legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

Pars quarta remaneat) Nec solum hæres, si possideat, quartam partem retinere potest, aut errore facti non retenta repetere, *l.* I. §. *si legatarius*, II. *h.t. l.* 9. *Cod. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam a quovis possessore vindicare, *l. lineam*, 26. *eod.* Putat D. Cujacius a Justiniano id primum constitutum esse, *leg. pen. Cod. eod.* verum hoc vel ex eo refellitur, quod placet, legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate*, 73. §. *ult. eod.* Anton. Fab. *lib.* 5. *conject.* I. & *lib.* 6. *cap.* 2.

TEXTUS.

De pluribus hæredibus.

I. *Et cum quæsitum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Seio) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, quæ nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: a Seio vero aut nulla relicta sint legata, aut quæ partem ejus dumtaxat in partem diminuat; an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quæ ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem suæ partis salvam habeat, placuit posse retinere. Et enim in singulis hæredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

NOTÆ.

I. *Exhausta, aut supra modum onerata*) Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhauriri non potest. Cujac.

Placuit posse retinere) Ratio dubitandi, quod videri legi satisfactum, cum quarta pars apud alterum manet illibata.

In singulis hæredibus) Ratio decidendi ex *l.* 77. *eod.* Nam cum lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta intacta servetur.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidiæ locus esset? & cur esse placuerit?*
2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur?*

Lege Falcidia potestas facta est patrifamilias, tantam pecuniam testamento dandi legandi, quantam volet; dum ita detur legetur, ut ne minus, quam quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si is, solutis legatis, quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est: eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l.* I. §. *id quod*, 13. *l. in ratione*, II. §. *pen. h. t.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum hæres*, 52. §. I. *de acq. hær.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnibus instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unius dumtaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta? Placuit autem satisfactum non videri idque hac ratione, quod lex non denuo aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis*, 77. *eod.* & *hoc text. in finem.*

Duobus hæredibus institutis) Testator cum non amplius, quam centum in bonis haberet, duos hæredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: a Sejo vero nihil, aut minus vigintiquinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. (1) Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta, quæ ab eo nominatim relicta sunt, legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere? Videri poterat, legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata: utique satis esse ad intentionem legis, hoc est, ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis, cum non uni alicui hæredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. in singulis*, 76. *hoc tit.*

(2) *In singulis hæredibus ratio legis ponenda*) Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæc confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si, verbi causa, ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, a quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adju-

adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit aut onerata; ei vero, qui accessit, integra aut tantum delibata, tam perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutri*, 78. *h. t.* eademque a contrario sensu colligi potest ex *l.* 14. *C. ad SC. Treb. in fin.* quamquam variasse Jurisconsultos apparet ex *l.* 2. §. *si cohæredis*, 14. *h. t.* de cujus §. lectione vide Cujac. 4. *observ.* 35. Et hanc rationem habere videtur, quod is, cujus portio onerata est, uti ex sua persona legata præstet, ita & ex sua persona tantum Falcidia utitur; qui vero suam portionem integram habet, legata præstet ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum sit, *arg. l.* 10. *l. qui in jur.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *leg. qui fundum*, 87. §. *qui filium*, 4. *l.* 1. §. *id quod*, 13. *h. t.* Ceterum in parte onerata, quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiente testatore supervixerit, ut dici possit moriente testatore facile institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperiatur institutus, ex sua parte pure, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legi satisfiat, hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum*, 87. §. 4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujac. 4. *obs.* 35. ratio decidendi, quia Jurisconsultus utitur, non sinit: qui etiam diserte sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cum cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscure significat in *d. l.* 1. §. *id quod*, 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, add. Donell. 8. *comm.* 23. Cujac 4. *observ.* 36. & 15. *obs.* 14. & 25. *obs.* 23. Ant. Faber. 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. & *seqq.* mire variant, nec sibi constat. Et vero universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata, quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis a substituto reliquit, non pertinet: siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, *l. in ratione*, 11. *quod vulgo*, 5. *pen. l. in duplicibus*, 79. *d. l. qui fundum*, 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio Legis Falcidiæ redigitur?

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque verbi gratia si is, qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex partu ancillarum hæreditariarum, aut ex fœtu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, hæres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est hæredi, cui liberum est non adire hæreditatem: quæ res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

NOTÆ.

2. *Solida legata debentur*) Nempe si damnum circa rem aliam, quam quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 17. *supr. de legat.* ex jure scilicet communi omnium debitorum certæ rei, *leg.* 23. *de verb. oblig.* add. *l.* 30. *hoc tit.*

Cui liberum est non adire hæreditatem) Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permissum fideicommissariis universalibus, propterea quod in hos etiam onera ex SC. transferuntur, *l.* 14. §. 5. & *seq. ad SC. Trebell.*

Ne nihil consequantur) *dict. l.* 73. *in fin. pr. h. t.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *leg.* 14. *C. de fideicomm.*

COMMENTARIUS.

1. *Exceptio regulæ hic propositæ.*
2. *Ejusdem regulæ declaratio.*
3. *Hæredem a legatariis cogi non posse, ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari, exinde neque cessione legata augeri, neque decessione minui; sed incrementum omne & damnum, quod jacente hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate*, 75. *l. quod bonis*, 15. §. 3. *in fin. leg. cum quo*, 16. *princ. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea propie sunt, quæ tempore mortis cujusque inveniantur. Deinde, quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l.* 1. §. 3. *Cod. de cad. toll.* Adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *dict. l. in quantitate*, 73. §. *ult.*

Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.) Postquam placuit, a morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. quantitate*, 73. *l. in ratione*, 30. *hoc tit.* (1) Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis a defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatæ fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo*, 56. §. 1. *eod.* eamdemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, a creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem non quo mortis, sed quo aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari, *d. l. cum quo*, 56. §. 1. *l. si creditor*, 83. *eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis

id

id noceat: quasi nihil intersit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo, 56. in princ. princ. l. eo tempore 50. §. 1. de pecul.* (1) Quamobrem quod vulgo dici solet, *eamdem rationem esse damni & commodi*, id intelligamus locum habere in iis, qui primum emergunt: & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d. l. in quantitate. 73. d. l. in ratione, 30. h. t.* non in his, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimmo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda: quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodnm & servi, qui apud hostes sunt, post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hæreditatem, *l. servi. 43. eod.* ita ferme & Bachov. *hic.*

In tantum decreverint) d. l. in ratione 30. d. l. in quantitate, 73. Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias, quam quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati, 23. de verb. oblig. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cum res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen numquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l. 11. Cod. si cert. pet.* eleganter Marcian. *in d. l. in ratione, 30. §. 2. & aliquos seqq.* Vid sup. *§. si res 16. de legat. 1.*

Cum hærede in portione pacisci) In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatusconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatem, jussu Prætoris adeat, & restituat. (3) Hoc vero beneficium neque legatariis, neque his quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt, tributum est: *l. si quis 17. si quis om. ca. test. l. nam quod 14. §. non omnis 5. & 2. seqq. ad SC. Treb.* Quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur, postquam Senatusconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommisso hæreditas restituta est, *l. 4. eod. tit.* legati vero aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem, æquum non esse: propterea quod in hoc onera hæreditaria transferri non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni dumtaxat emolumenti causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquitur, ut legatarii cum hærede in portionem paciscantur: quod illi facile facturi, & potius aliquid remissuri, quam ut patiantur testamenta destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate 73. in fin. princ.*

T E X T U S.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam?

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

N O T Æ.

3. *Deducitur æs alienum) l. 6. Cod. eod.* id est, omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. 54. ff. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 39. §. 1. de verb. signific.*

Si fingamus quadringentos) l. 37. §. ult. hoc tit. Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l. 2. l. 6. §. 2. Cod. eod.* Nota, Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l. 7. C. eod.* ex novo jure, nec in legato in pios usus relicto, *Nov. 131. cap. 12. auth. similiter Cod. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea Cod. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ultim. §. pen. Cod. de jur. del.* nec eum testator expresse prohibuit hæredem beneficio legis uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator, Cod. hoc tit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *In bonis defuncti quæ numerentur, cum de lege Falcidia quæstio est?*
2. *An hæres, quod fili a defuncto debetur, deducat: & quid si rogatur, ne id legatariis imputet?*
3. *Quibus casibus lex Falcidia cesset?*

(1) ANtequam summa constituatur, unde quarta Falcidia deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum, ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *nonam quod 14. §. ult. l. cogi 16. ad SC. Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum 39. §. 1. de verb. signif.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt æs alienum hæreditarium, funeris impensæ, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mansuræ transeant, (nam contra est, si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l. 38. h. t.* vel ita transeant, ut non sint mansuræ: exempl. *in l. 11. §. 1. & 2. l. si statu liber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere poterit. Non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget, *l. Nesennius 22. §. penult. l. cum quo 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l. 1. §. id quod 17. eod.*

Æs alienum) Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. aer 54. h. t.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hæreditatem nata est, tanquam contractum ab hæreditate, *l. æris 39. eod.* (2) Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam hæres quod sibi a defuncto debetur, detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum aditione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut 75. l. Stichum 95. §. 2. de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l. 6. C. h. t.* idque ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est nulla actionum confusio. Hodie hoc amplius a Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. del.* Quid si hæres rogatus sit, nec creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrium Falcidiæ voluntas defuncti servabitur, *l. si debitor 12. h. tit.* sic ut debito sui quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantum dodrante detrahatur, *l. quod bonis 15. §. cum fideicommissum 4. eod.* Exemplum esto. Quadringenta sunt in bonis: hæredis debita ducenta; legata trecenta. Hæc compensavit cum quadrante centum: reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacue quæritur, quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest. *Nov. 1. cap. 2.*

Impensa funeris) Ea est, quæ fit causa funeris, hoc est, ut funus ducatur, mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci, neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id, quod erogatum est in locum, in quem mortuus infertur, funeris causa impensum videri debet, *l. 3 si quis 14. §. funeris 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

Pretia servorum manumissorum) Nec tantum eorum, qui testatoris proprii fuerant, verum etiam quos hæres, cum alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. si ut 37. §. 1. eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causa factæ sint, deductionem permisit Justinianus *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. (3) Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiæ non esse perpetuum. Et jam etiam cessabat in testamento militis, *l. 7. C. h. tit. l. 12. C. de test. mil.* item in dote mulieri relegata, propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed ususfructus 81. §. h. tit.* in commodo tamen prælegationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in princ. de dot. præl. l. 1. §. si quis 19. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus 33. eod. l. 8. §. quarta 9. de in offic. testam.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter C. hoc tit.* quamquam in *Nov. 131. cap. 11.* unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute, & contra sæpe judicatum, Sand *lib. 4. tit. 7. defin. 10.* Christin. *vol. 1. decis. 320. in fin* Fachin. *5. contr. 17.* si testatorem legatam vetuerit alienari, *Nov. 113. cap. 12. unde auth. sed & ea. h. t.* & in universum si prohibuerit expresse, hæredem Falcidia uti, *Nov. 1. cap. 2. auth. sed cum testator. C. h. t.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiæ visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio 59. princ. & §. 1. h. t.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine condictionem habet, *l. 9. Cod. h. t.* Circa detractionem Falcidiæ nihil apud nos servatur alienum a jure Romano, Vid. Grot, 2. *manud.* 23. Gudelin. *lib. 1. cap. 11.* VINN. Addi potest, cessare quartam Falcidiam, si liberis suppleatur portio legitima, *l. 36. Cod. de inoff. test.* item si legata sponte soluta integra. *Nov. 1. c. 2. l. 9. §. 3. de jur. & facti ign.* denique si instrumenta legata, quamvis eo casu vix quæstio quidem nasci possit, *l. 15. Cod. hoc tit.* HEIN.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

Dig. Lib. 36. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 42. & 49. Nov. 39. 108.

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum?

SUpra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permissa utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum, quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc, ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulpian. *in frag. tit. 25. quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte definiveris: *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

T E X T U S.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.

N O T Æ.

Fideicommissa) Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur. Ulp. *tit. 25.* Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperative, *dato, capito, sumito, damnas esto dare.* Idem *tit. 24.*

COMMENTARIUS.

1. *Fideicommissi divisio: & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quam singularum rerum agatur?*

(1) FIdeicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hære-

hæreditatem vel totam, vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singulæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proxime; de universalibus, sive fideicommissariis hæreditatibus, hoc præsenti titulo: in quo Justinianus, ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, disserit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu: tum de senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebelliano transfusione: inde docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adspergit ad probationem fideicommissi in genere pertinens.

(2) *Prius est*) Quemadmodum prius egit de hæredibus instituendis & deferenda testamento hæreditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis ut digniorem præponens acquisitioni rerum singularum; ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hæreditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minime pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur: sed ad specialia fideicommissa dumtaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cum antequam de legatis dissereret, egerit de deferenda directo hæreditate, tum hæredem instituendo, tum substituendo, recte quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat, quomodo hæreditas deferatur indirecto atque oblique, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. per quas pers. cuique neq.* & ad *rub. de vulg. subst.*

T E X T U S.

Origo fideicommissorum.

1. *Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem, vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea Div. Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem, tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam prætor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

N O T Æ.

2. *Quibus non poterant hæreditatem*) Quales proscripti, deportati, &c. Exemplum habes apud Cic. *lib.* 1. *in Verr.* & ex parte, orbi, cælibes. Ulpian. *tit.* 22. §. 2. *tit.* 15. *cum seqq.* item fœminæ ex lege Voconia. Hujus generis exempla apud eumdem 2. *de fideic. cap.* 58. VINN. Addi potest Quintil. *Declar.* 324. item Valer. Maxim. *lib.* 4. *cap.* 3. §. 7. HEIN.

Sed tantum pudore) Fide, religione, probitate. Id enim, qui tum pudor erat hominum, videbatur vinculum satis validum implendæ voluntatis defuncti.

Et populare) Theoph. χαρίεν τῷ δήμῳ. Plin. *Paneg. non quia populare gratumque audientibus.*

In assiduam jurisdictionem) Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulpian. *tit.* 25. §. 10. *l.* 168. §. 1. *de verb. signif.*

Prætor proprius) Claudius duos creavit. Suet. in *Claud. cap.* 43. ex quibus unum Titius detraxit, *l.* 2. 31. de *orig. jur.* Cæterum Prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. *lib.* 3. *cap.* 6. unde lucem accipit Ulp. *d. loc.* §. 12. VINN. Adde omnino Cujac. *lib.* 21. *obs.* 34. HEINN.

C O M M E N T A R I U S.

1. *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse, negat Mynsingerus.*
2. *Genera incapacium, & in his gratificandi fideicommissorum usus.*
3. *Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*
4. *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*
5. *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*
6. *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio? n.* 8.
7. *Quod in* l. 1. junct. l. 2. Cod. comm. de leg. *disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

(1) P*Rimis temporibus infirma*) Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio, fide, religione, ac probitate pendebat ejus, qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur, totum pendet a liberalitate & voluntate ejus, qui concessit, sine ulla necessitate obligationis, *l.* 1. & 2. *de precar.* ita nec ex precibus testatoris quemquam invitum obstringi debere existimabant non magis, quam ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est, quod rogatur, non inducit obligationem, *l. in venditoris* 43. *in de contr. empt.* Mynsig. *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem 12. Tabularum, suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo Rege vel maxima vis fidei fuerit. Quæ insignis est ἀνακρονισμία. Sic enim ille disserit, ut videatur existimasse, jam ante urbem conditam decemviros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium.

(2) *Qui capere ex testamento poterant*) Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat, ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usus codicillorum invexit, *inst. de codic. in princ.* alter in gratificandis incapacibus, cum scilicet hæres clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret: quod fideicommissum tantum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloss. bas. tacitum*, σιγηρὸν ὃ ἐστιν ἔξω τῆς διαθήκης, domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. 10. *de his quæ ut indign.* (3) Incapacium autem olim duo fuere genera; unum eorum, qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti, deportati, item dediticii & Latini Juniani.

[illegible], qui cives Romani non essent; alterum eorum, qui cives erant, sed propria & civili ratione aut [illegible], aut non habebant, aut [illegible] omnium testamentorum [illegible], quales ex lege Voconia virgines, mulieres, [illegible]. Quæ [illegible] executus sum in explicatione [illegible]. Exemplum [illegible] generis incapacitatis [illegible] in [illegible] apud Cicer. lib. 1. in Verr. qui de prætura urbana [illegible], ubi de P. Trebonii testamento commemorat, qui cum [illegible] fratrem proscriptum haberet, [illegible] heredes juratum, se curaturos, ut ex sua [illegible] ad fratrem proferri [illegible]. [illegible] apud eundem lib. 2. de finib. c. 55. ubi [illegible] S. [illegible] rogatur a Q. Fadio Gallo, ut [illegible] hereditas ad filiam perveniret, [illegible] ad amicos [illegible]. Idem eod. lib. [illegible] exemplum [illegible] de Sex. Peducæo, qui [illegible], cum [illegible] esse, [illegible] mulierem [illegible], hereditatemque [illegible]. [illegible] lege Voconiam [illegible], non uxorem a marito, [illegible] a patre. Atque hinc porro [illegible] patris legitimam hereditatem [illegible] a lege [illegible], multoque minus [illegible] ad [illegible] fratrum: ac proinde quod Paulus [illegible] 4. Sent. [illegible] 8. de rogatione Voconia [illegible] quod plurimum [illegible]. §. 3. [illegible] lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. dd. loc. & [illegible] pro Corn. Balb. Livius lib. 4. in epitome [illegible] legitur [illegible] Quint. [illegible] 26. Dio lib. 56. p. 662. Gell. l. 17. c. 6. [illegible] 20. c. 1. Ascon. [illegible]. Latam esse eodem loco [illegible] Augustinus inter [illegible] & postremum bellum Punicum, quod [illegible] ex eo, quod apud Cic. lib. de senectute M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, cum [illegible] esset annos LXV. sic enim [illegible], non ut [illegible] LX. annos. Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione Coss. quorum consulatus incidit in annum ab urbe condita 585. qui est a Consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex [illegible]. Legis duo [illegible] capita, [illegible] quæ [illegible]. [illegible] Cic. [illegible] 23. [illegible] 21. [illegible] 4 [illegible] per legem [illegible] Cic. [illegible] 2. de [illegible] c. 55. ubi [illegible] lege Voconia [illegible] Augusti, [illegible] lex Voconia, [illegible] ex parte [illegible]. Dio [illegible] 56. pag. 662. [illegible] lege Voconia [illegible], supra 25. [illegible]. Ego, [illegible] aliquid lege [illegible]

[illegible] potuerit, non puto tamen quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Ascon. Floro, Augustino protulimus: sed postea legem, ut nimis rigidam, ita mitigatam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque [illegible] quasi cautum a Voconio legis [illegible]. Illud tamen parum adhuc constat, quantam partem postea mulieribus [illegible]. Quintil. [illegible] Voconia cautum, ut [illegible] liceret: sed hoc, ut in [illegible] tere [illegible], a Quintiliano [illegible] existimo cum Cujacio. [illegible] Cicerone [illegible], hoc cautum, ut ne quis [illegible], accommodat eo locum Dionis, quem accipit de 25. millibus sestertium: quippe quæ fuerit quarta pars bonorum eius, qui census dicebatur, nempe, qui centum millia sestertium possideat, quod Asconius prodidit in [illegible] l. 1. in Verr. Non vetus ratio postea valde mutata fuit, [illegible] civium opibus, sestertii in locum surrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halic. constat, maximus census erat centum millium æris [illegible]: quam [illegible] æquant 25. millia sestertii, quippe quorum singuli quatuor asses postea æstimari [illegible]. [illegible] Dionis rectius accipi de 25. mille [illegible], qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi [illegible]. Interpres Dionis vertit centum millia numerorum: sed illud haud dubie nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem dicimus. Utut sit, illud constat, licet nihil commissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proinde heres nulla necessitate constringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri heredem facere, fidemque violare, qui voluntati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo, quod de Sex. [illegible] commemoravimus [illegible] 2. de [illegible] cap. 58. & quod Cicero [illegible] loco refert de Sex. [illegible] hereditatem restituere [illegible]; [illegible], inquit, [illegible], ne [illegible]. [illegible] Notatur & a Val. Max. [illegible], quod fideicommissa [illegible] filio Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet, [illegible] 4. cap. 2. in fin. Ex [illegible] manifestum est, legem Voconiam postea [illegible], [illegible] testatur Gellius [illegible] 20. c. 1. [illegible], quod post [illegible] est, nec [illegible] videtur, [illegible] retinere: [illegible] est, quod [illegible] constitutum [illegible] & [illegible], l. 1. l. 3. de jur. [illegible]. [illegible] constat ex [illegible]. 3. Denique Ulp. [illegible] 5. [illegible]. VLXX. Multa hic Vinnius, quæ [illegible]. Nos more nostro [illegible]. [illegible] 4. Sent. tit. 8. 22. [illegible] docet, [illegible] ad legitimas hereditates [illegible] Voconia [illegible]. Lex Voconia [illegible]

se nihil sanxerat. At ex ratione hujus legis iterat veteres interpretabantur jus mulierum ab intestato succedendi. Idque mansit, etiam postquam lex Voconia civitatis opulentia fuerat obliterata. Vid. Schultingii Annot. ad Paul. [illegible] pag. 412. Deinde quod ad legem Dionis attinet, eam accuratissime exposuit V. C. Jac. Perizonius diss. de leg. Voconia pag. 114. ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas, ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. Vide Joh. Fr. Gronov. de pecun. vet. III. 16. XXV. ergo millia drachmarum sunt M. C. sestertium. HEIN.

Gratia personarum motus] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege: sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ hic memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis [illegible] annis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum*. Ipse Augustus relictum a se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *vel ob insignem perfidiam*. Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari conditione aliave rara animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem] Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum, *Genes. cap. 42. 42. 25.* [illegible], per salutem Pharaonis.

In assiduam jurisdictionem] Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis, aut quotannis Magistratibus mandaretur, sed perpetua vi & potestate magistratus sui de fideicommissis cognitionis jus dicerent, quanquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulpian. *tit. 25. §. 10.* unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l. 178. §. 2. de verb. signif.* Julianus quidem, ut monuimus *sup. §. 3. de legat.* in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competebant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, *l. 1. Cod. comm. de legat.* liceret persequi & fideicommissa, *l. 2. C. eod.* Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum duntaxat spectat & universalia exæquatio pertinet; errantque peritissime Mynsingerus, dum ea transfert ad fideicommissa hæreditatis.

Prætor proprius creatus] Pomp. *l. 2. §. capta 32. de orig. jur.* tradit, Claudium duos Prætores creasse, qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titus detraxerit. Suet. in *Claud. c. 23. jurisd.* inquit, *de fideicommissis quotannis & tantum in urbe Magistratibus demandari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit*. Quod etiam Ulp. *d. §. loc.* commemorat tribus, cognitionem de fideicommissis in provinciis tribus præsidum provinciarum: item *l. 5. C. de verb.* [illegible] Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l. præsidem [illegible] lib. 3. d. [illegible] in [illegible] ad lib. [illegible]. l. [illegible] 92. [illegible] d. cod. & dem. l. 2. C. qui [illegible]* [illegible] tamen foris Prætoris in urbe jurisdictio de fideicommissis propria tunc esse cœpit, sed ita partita est, ut Prætor ad certam summam cognosceret, de majore Consules jus dicerent. [illegible] *l. 5. c. 6. Nondies*, inquit, *a [illegible] Prætorem petere fideicommissum, sed apud Consules; [illegible] Prætori [illegible] summam est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit. 25.* scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse Consulum, aut Prætoris, qui fideicommissarius vocatur. VINN. Immo ipsos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommissis [illegible] vide comperio. Exemplum est in *l. 26. [illegible]*. HEIN.

TEXTUS.

De [illegible] hæredis scripti.

2. *In primis [illegible], opus esse, ut aliquis [illegible] hæres instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hæreditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit:* Lucius Titius hæres esto, *potest adjicere:* Rogo te, Luci Titii, ut cum primum poteris hæreditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare: & liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum vel ex certo die.*

NOTÆ.

2. *Recto jure testamento*] Scilicet cum quis testamento fideicommissum vult relinquere: nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. *sup. de legat.* Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. *inf. eod.* *Recto jure*, id est, directo jure, Stud. Theoph. [illegible], pro directo, *l. 1. §. [illegible]*. [illegible] pro directa, *l. 9. §. 2. [illegible]*.

COMMENTARIUS.

1. *Qui, cui, a quo fideicommissum hæreditatis recte relinquatur?*
2. *[illegible] aut [illegible] cur fideicommissum recte datur, hæreditas [illegible]?*

Obliqua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus *sup. §. ult. per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi, & delati susceptione. 1 Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, *l. 2. de legat. 1. l. in princ. & seqq. §§. de legat. 3. l. 6. §. 3. de inj. [illegible]* Relinqui iis potest, qui qualemcunque testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, *arg. §. [illegible] 24. supra de legat. l. 1. de legat. 1.* Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter hæredum institutiones, aut legata & fideicommissa, sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive oblique, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili, sive jure honorario, §. *præterea 10. inf. eod.* In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento a solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam a legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte, amplius in progressu.

Recto jure testamento hæres instituatur] Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omnino est, quod hic traditur, ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæ-

hæreditatem alii restituat: quippe cum sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. *ante*, 35. *sup. de legat.* 3. Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, an codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. *infr. de codic. l.* 8. *eod.*

(2) *Vel ex certo die.*) Fideicommisso hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantum pure aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verum etiam ex certo die, aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. & *passim tit. de cond. & dem.* quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum dies hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placuit, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat; quod juris civilis subtilitas non patitur, §. *hæres*, 9. *supr. de hær. inst. l.* 7. *de reg. iur.* At in restitutione hæreditatis hoc ius non ostenditur, cum is, qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. *sup.*

T E X T U S.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. *Restituta autem hæreditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet; is vero, qui recipit hæreditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

C O M M E N T A R I U S.

Regula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse, l. ei qui*, 88. *in fin. de hæred. instit.* §. *sed quod*, 10. *in fin. de minor.* Quæ regula ex eo sumpta est, quod placet, obligationem & actionem a persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsita est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipiemus *infr. sub* §. 1. *de action.* Hoc igitur jure constituto, consequens est, nec eum, qui rogatus defuncti hæreditatem alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tamquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & conveniri posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantum nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione restitutæ hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, *l.* 1. §. 4 *ad SC. Trebell.*

Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco.) Loco hæredis habetur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano; loco legatarii, si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabimus, & Ulpianus ostendit tit. 25. §. 12. Nam quod Giphanius scripsit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantum hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. *ergo*, 6. *infr. eod.*

T E X T U S.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annæo Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi, & in hæredem competerent, ei, & in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hæreditas. Post quod Senatusconsultum prætor utiles actiones & in eum, qui recipit hæreditatem, quasi hæredi, & in hæredem dare cœpit.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur in catalogo Consulum non recensentur Trebellius & Seneca?*
2? *Quæ incommoda huic Senatusconsulto causam dederint?*
3. *Cur cum Senatusconsulta sint pars juris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, eique & in eum non dederit actiones directas?*
4. *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem?*

(1) T*Rebellio Maximo & Annæo Seneca Coss.*) Hoc idem testatur & Ulp. *l.* 2. *ad SC. Treb.* Cæterum hi Consules non reperiuntur in Fastis, seu indice Consulum: quare credendum est, eos non fuisse ordinarios, sive initio anni creatos, sed suffectos in locum demortuorum aut remotorum: quippe, ut Dio *lib.* 43. & 48. *scribit*, anni Consulum ab his duobus, qui primis duobus mensibus creati essent, nomen acceperunt; qui reliquis creabantur mensibus, in Senatusconsultis & auctoritatibus scribebantur, quod confirmat hic locus, cui similis est in §. *seq.* nam neque Pegasi & Pusionis Fasti meminerunt: & in *l. cum vero*, 26. §. *subventum*, 7. *de fideic. libert.* ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Traiani Rubrio Gallo & Cælio Hispone Coss. qui & ipsi in catalogo Consulum non recensentur, ut suffectos eos fuisse oporteat. Igitur cum multi Consules Romæ sub Imp. fierent per suffectionem, nemo ex suffectis in Fastos referebatur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspicati essent. Quomobrem excusandus est Ausonius, qui in *gratiar. act. ad Gratianum* negat, Senecam Consulem fuisse. VINN. Immo vix excusandus, qui suffectus Consuli etiam Consul est. Consulatus Senecæ & Trebellii incidit in ultimos menses anni ab U.C. DCCCXII. Quærit Marcillius *ad* §. 6. *Inst. h. t.* cur S. C. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, quum tamen L. Annæus Seneca fuerit Consul maior. Respondet, videri hoc SC. omnino initio nomen Annæani tulisse, sed translatum postea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ, perduellionis rei, memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum, cui Marcilius testimonium denunciat, hoc reperio, nec semper a SCtis a maiore Consule nomen inditum, sed ab eo, qui tum ad Senatum retulerant. Sic. U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito Coss. factum, non a Cos. maiore Julianum, sed ab Orphito Orphitianum dictum est. Aliud Nerone & Pisone Cos. anno 810. Pisonianum vocatur *leg.* 8. *ff. ad SC. Silan.* Omittimus exempla alia. HEIN.

Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit.) In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si hæres, a quo relicta sunt, hæres extiterit: quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus sit, aliave ratione defecerit, hic evenit, ut destituto testamento fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, (2) *l.* 9. *de test. tut. l. cum quidam*, 14. *C. de fideic. l.* 13. §. *quid ergo*, 3. *l. ita tamen*, 27. §. *quotiens*, 6. *ad SC. Trebell.* Cum autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recu-

[illegible]

ſarent: cumque eſſet æquiſſimum, eos onera ſubire, in quos jus factuſque transferretur, potius quam cuiquam fidem ſuam eſſe periculoſam; Senatusconſulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi ſublata eſt, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommiſſo reſtitueretur hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur ſupremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. *& eod.*

Actiones, quæ jure civili) Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt; tranſeunt tamen ex ſenatus ſententia & actiones honorariæ, veluti actio ex conſtituto, ex jurejurando, & ſimiles: immo & cauſam naturalium ubligationum tranſire placet, *l. quamvis* 40. *l. ſi ejus* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum) Quemadmodum Senatus hæredibus ſubventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competebant, dari voluit in fideicommiſſarium, ut poſſet hæres, ſi a creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione reſtitutæ hæreditatis; ita & ſubvenit fideicommiſſariis in eo, quod actionem, quæ hæredi competebat, fideicommiſſario dari voluit, cui ſoli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem a creditoribus hæreditariis repelli poteſt, *d. l.* 1. §. 4. Plane non ultra actiones ex Senatusconſulto tranſeunt, quam pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu teſtatoris reſtituta eſt, §. 6. *infr. eod.*

(3) *Prætor utiles actiones*) Licet Senatusconſulta pars ſint juris civilis, ac proinde per Senatusconſultum hæredes effici poſſunt, ut efficitur Senatusconſultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſt hæreditas, ſenatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per aditionem hæres factus locum obtinet, quem ſtricta juris ratio non patitur deſinere hæredem eſſe; quæ eadem porro ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommiſſarium tranſire queant, ſed ut ſemel hæredi quæſitæ ſunt, ita perpetuo apud eum maneant, neque a perſona ejus poſſunt ſeparari. Cum igitur actiones directæ non poſſint & apud hæredem manere & ſimul pari jure fideicommiſſario aut in fideicommiſſarium dari, Prætor ex auctoritate Senatus utiles ei & in eum tamquam hæredi & in hæredem actiones dedit, ut hic ſcriptum eſt: convenit *l. filiusfamil.* 18. §. *ult. leg. Falcid. & l. penult. in fin. Cod. hoc tit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutentur in utiles: nam nova utilis, quæ ſuccedit, ejuſdem cum vetere poteſtatis eſt, eundemque effectum habet, *l. prim. de neg. geſt.* In ſumma Senatusconſulto Trebelliano hoc effectum eſt, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, poſt reſtitutionem hæreditatis in perſona hæredis inutiles ſint, atque agens exceptione repelli, conventus alios repellere poſſit. Contra vero in perſona fideicommiſſarii ſint efficaces, ut is ſolus ea agat efficaciter & conveniatur. (4) Sed quid ſi debitor poſt reſtitutionem hæreditatis hæredi ſolverit? Aut quid ſi hæres poſt reſtitutionem factam ſolverit creditori? Poterit ſolutum per condictionem indebiti repeti, *leg. ſi ejus* 64. *in princ. eodem*, quippe cum poſt reſtitutionem inutilis plane atque inefficax per Senatusconſultum in perſona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero ſi hæres aut debitor ſolverint, cum ſcirent, ſe tutos eſſe exceptione, ceſſabit conductus, *leg. ſi non ſortem* 26. §. 3. *de cond. ind.* quoniam donare voluiſſe præſumuntur, *leg. cujus* 53. *de regul. jur.*

T E X T U S.

De Senatusconſulto Pegaſiano.

5. *Sed quia hæredes ſcripti, quum aut totam hæreditatem, aut pæne totam plerumque reſtituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recuſabant, atque ob id extinguebantur fideicommiſſa; poſtea Veſpaſiani Auguſti temporibus, Pegaſo & Puſione Coſſ. Senatus cenſuit, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex ſingulis quoque rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur, eadem retentio promiſſa eſt. Poſt quod Senatusconſultum ipſe hæres onera hæreditaria ſuſtinebat: ille autem, qui ex fideicommiſſo recipiebat partem hæreditatis, legatarii partiarii loco erat, id eſt, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur; quæ ſpecies legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ ſolebant ſtipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommiſſo recepit hæreditatem & hæredem, id eſt, ut lucrum & damnum hæreditarium pro rata parte inter eos commune eſſet.*

N O T Æ.

5. *Partiebatur hæreditatem*) Id eſt, res hæreditatis neque enim legatarius partiarius efficiebatur ſucceſſor juris, ullæve actiones hæreditariæ, ei inve eum dabantur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ incommoda Pegaſiano Senatusconſulto cauſam dederint*
2 *Hoc Senatusconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis.*
3 *Diſcrimen legis & Senatusconſulti circa res, quæ imputentur.*
4 *An hoc demum Senatusconſulto Falcidia producta ad fideicommiſſa ſingularia?*
5 *Trebelliani & Pegaſiani differentiæ.*
6 *Legatarius partiarius, & ſtipulationes partis & pro parte.*

TAmetſi Senatusconſulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum, cui ex fideicommiſſo reſtituta eſſet hæreditas, transferrentur, id tamen nondum ſufficiebat, ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. (1) Quamvis enim nullum damnum poſt hoc Senatusconſultum hæredi adeunti & reſtituenti immineret, tamen, ut eſt ingenium humanum, recuſabant adhuc plerumque hæredes ſcripti adire hæreditatem alieni emolumenti cauſa, unde & ipſi nullum, aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommiſſum hæreditatis ſæpe intercideret. Huic igitur incommodo occurſum eſt Senatusconſulto Pegaſiano, cautumque, ut ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia in legatis conceditur.

(2 *Perinde, &c. atque ex lege Falcidia*) Quod lex Falcidia in legatis, illud ipſum valet Senatusconſultum Pegaſianum in reſtituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconſulto vis legis producta eſt ad fideicommiſſa hæreditatis. Juſtinianus *orat. ad Senat.* Pegaſianum factum eſſe ait πρὸς τὴν τοῦ φαλκιδίου μίμησιν. Atque hinc eſt,

est, quod veteres etiam quartam hujus [illegible] ubi [illegible], quam [illegible] vulgo T[illegible] vocant, non quartam [illegible], sed quartam [illegible], aut commodum Falcidiæ [illegible] appellari [illegible], ut videre [illegible] in l. [illegible], [illegible] §. [illegible] l. 2. §. [illegible] de [illegible] l. [illegible] §. [illegible], 7. l. 47. §. 1. leg. [illegible], 93. ad leg. Falcid. l. 2. leg. 3. [illegible], 2. §. 2. l. [illegible], 55. §. 2. leg. [illegible], 58. §. 3. [illegible] ad Senatusc. Trebell. leg. 1. [illegible] Cod. ad leg. Falcid. Ulpian. tit. 25. §. 12. [illegible] §. 9. Et tamen [illegible] aliquod discrimen circa [illegible], quæ in [illegible] quartam imputari possunt. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis [illegible], ea tantum [illegible], quæ jure hæreditario hæres capit: in quartam vero Pegasianam etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati, vel [illegible] nisi, aut implendæ conditionis causa, [illegible], 70. [illegible] quartam, [illegible]. Quæ [illegible] videtur, [illegible] dodrantem legari [illegible], ut [illegible] quarta pars [illegible] hæreditatis manere debeat, [illegible] dodrantem hæredis [illegible]; [illegible], quod Falcidia [illegible] legatis patrimonium suum exhaurire [illegible], sed potius opinioni [illegible] Senatusconsultum [illegible], quæ hæc est, ut [illegible], apud [illegible] nihil præter [illegible]. [illegible] præ[illegible], [illegible] hæredi fiduciario in quartam imputatur. [illegible] §. [illegible] h. tit. l. [illegible], 86. [illegible] leg. in quartam, [illegible] filium, 24. Cod. [illegible], [illegible] in quartam partem [illegible] partis, quam restituere jussus est, [illegible]. Variant tamen in hac re Interpretes [illegible]. 7. [illegible] 32. & [illegible] 26. Ant. Fab. [illegible] 3. 4. & 5. Cuiac. [illegible] 1. [illegible] 5. [illegible] 15. & 16. qui [illegible] Bachov. in Treutl. vol. 2. [illegible] 11. [illegible] 5.

4 [illegible] plerique [illegible] Senatusconsultum Pegasianum [illegible] quartam partem [illegible] [illegible] hæreditatem [illegible], [illegible] supr. [illegible], quod [illegible] Senatusconsultum [illegible] hæreditatem, non [illegible]. Verba Trebelliani [illegible] hæreditatis [illegible], quartam de[illegible] commissi [illegible], [illegible] quoque

detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset. leg. 3. §. 2. h. tit. ad Senatusc. Trebell. Quis [illegible] dispositionis fructus, intelliges ex iis, quæ n. 3. [illegible] Vasq. de succ. [illegible] l. 2. §. 1. D. [illegible] 4.

5 [illegible] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium, retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum [illegible] quartæ partis concedebat; onera vero nulla [illegible], quasi [illegible] hæreditatis [illegible], quod quartam [illegible] ipsam lucro [illegible], [illegible] onera [illegible] hæreditaria persequerentur, sicut juris erat ex lege antiqua duodec. [illegible] 6. [illegible] Pegasiano hæreditatis, id est, quarta [illegible] tate hujus Senatusconsulti contra voluntatem testatoris [illegible], ipse hæres [illegible] atque in [illegible] onera hæreditatis [illegible], cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano, utpote cui locus non erat, nisi ubi secundum voluntatem [illegible] hæres [illegible] §. seq.

6 Legatarii partiarii [illegible]. Universitatem [illegible], id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus supra [illegible]. [illegible] tamen hunc legatarium, quem [illegible], fuisse successorem juris, ullasve actiones hæreditarias ei [illegible] datas, sed partem bonorum [illegible] obtinuisse: id quod [illegible]; nam si actiones in [illegible] ex Senatusconsulto Trebelliano [illegible] in eum, qui [illegible] cipit hæreditatem, [illegible] stipulationum partis & pro parte, quarum hic [illegible] inter hæredem & legatarium partiarium, quam inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano restituitur hæreditas.

Partitio vocabatur. Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiarius dicebatur; atque hæc legati species partitio, Ulp. tit. 24. §. 25. & tit. 25. §. 15. Meminit & Cicer. 2. de legib. Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem, id est, res hæreditarias [illegible] universa [illegible] & hæreditas [illegible] dicitur: neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris, ut jam dictum est.

[illegible] Inter hæredem & legatarium [illegible] interveniri stipulationes de lucro & damno communicando, quæ proprie dicebantur partis & pro parte, §. seq. [illegible] hæres, sive quid [illegible], sive quid deberetur, idem [illegible] hæreditatem adiret, stipulabatur [illegible], *Si quid [illegible]* & [illegible] ab hærede [illegible] *des?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pegasiano restituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut [illegible] & damnum pro [illegible] parte [illegible]: nam solus hæres hoc casu [illegible] & excipiebat, vide Paul. 4. sent. 3. Ulpian. tit. [illegible] §. 15. Theoph. hic.

T E X T U S.

Quibus casibus locus est Senatusconsulto Trebelliano, vel Pegasiano?

6. *Ergo, siquidem non plus, quam dodrantem hæ-* redi-

reditatis, scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hæreditas, & in utrumque actiones hæreditariæ pro parte rata dabantur: in hæredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipiebat hæreditatem, ex Senatusconsulto Trebelliano tamquam in hæredem. At si plus, quam dodrantem, vel etiam totam hæreditatem restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano Senatusconsulto: & hæres, qui semel adierat hæreditatem, si modo sua voluntate adierat, sive retinuerat quartam partem, sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tamquam inter partiarium legatarium & hæredem: si vero totam hæreditatem restituerit, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat hæres adire hæreditatem, ob id, quod diceret eam sibi suspectam esse, quasi damnosam, cavetur Pegasiano Senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Prætoris adeat, & restituat hæreditatem, perindeque ei & in eum, qui receperit hæreditatem, actiones dentur, ac juris est ex Trebelliano Senatusconsulto: quo casu nullis stipulationibus opus est: quia simul & huic, qui restituit, securitas datur, & actiones hæreditariæ ei & in eum transferuntur, qui recipit hæreditatem, utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

COMMENTARIUS.

1 *An hæres, qui ultro totum quod rogatus est restituit, solus onera subeat ex Pegasiano?*
2 *Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis.*
3 *Caput Senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

NON plus quam dodrantem.] Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de hærede rogato totam hæreditatem aut plus quam dodrantem restituere: altero de eo hærede fiduciario, qui adire hæreditatem recusabat. Nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habeat ultro hæreditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum. Ulp. d. l. 25. §. [illegible] [illegible].

Pro parte stipulationes.] Hæres rogatus, quarta parte retenta, reliquam hæreditatem restituere fidem præstitit. [illegible] [illegible] in 25. [illegible] Senatusconsulto Trebelliano [illegible] dodrante [illegible], in reliqua [illegible] habet [illegible] hæredem.

Si modo sua voluntate.] Nam si a Prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano; de quo mox plura.

Ipse universa onera sustinebat.] Hæredem rogatum totam hæreditatem aut plus dodrantem restituere, modo suo sponte [illegible] voluntatem [illegible] secundum voluntatem defuncti restituerit: id est, sine deductione quartæ universa onera hæreditaria sustinuisset, atque ita neque hoc casu actiones in eum, qui recipiebat hæreditatem, post Senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas, quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum, quod hæres ex eo Senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, [illegible] visum est, ipsum totum onera hæreditaria sustinere, & quod [illegible] etiam necessario cessat Senatusconsultum Trebellianum. At ut hæres etiam casu, quo ultro voluntati defuncti paret, totumque quod rogatus est restituere restituit, onera hæreditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur. Quippe cum hic non minus restitutio fieri possit ex Senatusconsulto Trebelliano, atque actiones ex eo transferri, quam cum hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliquum restituit, quo casu actiones pro rata in fideicommissarium transferri, in princ. hujus §. dictum est. Porro hæredem rogatum totam restituere, eamque plenam fidem defuncto præstare malle; quam contra ejus voluntatem aliquid retinere ex lege Senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æque fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dodrante transferri in fideicommissarium, quam cum uti dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversitatis non alia fuisse videtur ratio, quam quod cum hæres totum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, [illegible] [illegible] ad hunc causam Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris Senatusconsulti manet auctoritas. At vero cum plus quam dodrantem rogatus est restituere, tum uti potest posteriore Senatusconsulto, quod in hunc casum prospexit, & prioris vim ac potestatem quodammodo sustulit. Quamobrem si is, qui beneficio Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit: remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hæreditariis obstrictus maneat quam si detracta quarta reliquum duntaxat restituerit, facit eo quod scribit Paulus 4. sent. 3. §. ult. qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Cæterum, ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut, quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Immo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri expresse tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1 & Modestin. *leg. qui totam*, 45. *h. t.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque a Prætore restituat: quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul* scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano aut vi Prætoris ex Pegasiano, coactus nullis interpositis stipulationibus.

Quasi partis & pro parte.] De quibus dictum §. præced. Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulpian. *in l.* 25. §. 13. Paul. *d. lib. & tit. supr.* Theoph. *hic.*

Emptæ & venditæ hæreditatis.] Cum tota hæreditas rogatu defuncti sponte restituebatur, emptæ, & venditæ hæ-

hæreditariis ſtipulationes interponebantur. Quales illæ ſtipulationes fuerint, nuſquam diſerte traditum eſt, niſi quatenus apud Ulp. *l. in illa, 50. §. 1. de verb. ob.* ubi hæc ex parte emptoris profertur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, doloue malo tuo factum eſt, erítve, quo minus perveniat, ſubaudiendum, tantam dari ſpondes?* Ex quo cum Hotom. ſuſpicari licet, hanc fere contrariæ ſtipulationis formulam fuiſſe: *Quantam pecuniam hæreditario nomine praeſtitero, ſed vero, tantam dari ſpondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi cenſetur, quod Ulp. ſcribit *l. 2. de hær. vel act. vend.* ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum eſſet, effectu ſcilicet: neque enim vi illarum ſtipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim vero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc caſu & ex Trebelliano nominatim reſtitutio ſic fieri, ut actiones transferrentur ſine interventu hujuſmodi ſtipulationum.

Si recuſabat hæres ſcriptus.) Alterum hoc principale caput Senatuſconſulti Pegaſiani fuit, ut ſi hæres recuſaret adire hæreditatem, juſſu Prætoris adire & reſtituere cogeretur, *l. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & paſſim* & *tit. l. ſi quis, 17. ſi quis omiſ. ca. teſt.* Ulp. *tit. 25. §. 14.* At inquies, cum adire facti ſit, ad quod nec ſervus a domino præciſe compelli poteſt, *l. 3. C. de hær. inſt.* quomodo ad id compelletur hæres? Compelli præciſe poſſe, non exiſtimo, ſed contumaciam hæredis pro aditione habendam, *l. pen. §. 1. h. tit.*

Quaſi damnoſam.) Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, ſolvenda ſit hæreditas, nec ne. Sed neque præſcribitur hæredi, cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit: cum variæ ſint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum, tametſi locuples videatur hæreditas, quorumdam offenſas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta eſt, ſine onere tamen ſuo, *d. l. 4. h. titul.*

Quo caſu nullis ſtipulationibus eſt opus.) Juſſu Prætoris adita & reſtituta hæreditate, ei & in eum, qui recipit hæreditatem, actiones dantur perinde, atque ſi ex Trebelliano Senatuſconſulto reſtituta fuiſſet, idque ut ita fiat, Pegaſiano Senatuſconſulto cautum eſſe ſcribit Ulp. *dict. tit. & 5.* Quamobrem nullis hic ſtipulationibus opus erit. Ut autem reſtituentibus hoc caſu proſpectum, ne ullum damnum ſentiat, ita viciſſim omne commodum amittit, quod ſi cogi ſe paſſus non eſſet, vel beneficio Pegaſiani, vel ex voluntate defuncti percipere potuiſſet, *dict. l. 4. d. l. 14. & qui compulſus: 4. l. ita, 27. §. præceptis, 14. h. tit.*

Utroque Senatuſconſulto concurrente.) Nam quod hæres invitus cogebatur adire a Prætore, id erat ex Senatuſconſulto Pegaſiano: quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

T E X T U S.

Pegaſiani in Trebellianum transfuſio.

7. *Sed quia ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes & ipſi antiquitati diſplicuerunt, & quibuſdam caſibus captioſas eas homo excelſi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis ſimplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis ſuggeſtis tam ſimilitudinibus, quam differentiis utriuſque Senatuſconſulti placuit, exploſo Senatuſconſulto* **Pegaſiano**, *quod poſtea ſupervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatuſconſulto præſtare, ut ex eo fideicommiſſariæ hæreditates reſtituantur: ſive habeat hæres ex voluntate teſtatoris quartam, ſive plus, ſive minus, ſive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam, vel quod ei deeſt, ex noſtra auctoritate retinere, vel repetere ſolutum quaſi ex Trebelliano Senatuſconſulto pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommiſſarium competentibus. Si vero totam hæreditatem ſponte reſtituerit, omnes hæreditariæ actiones fideicommiſſario, & adverſus eum competant. Sed etiam id, quod præcipuum Pegaſiani Senatuſconſulti fuerat, ut quando recuſaret hæres ſcriptus ſibi datam hæreditatem adire, neceſſitas ei imponeretur totam hæreditatem volenti fideicommiſſario reſtituere, & omnes ad eum, & contra eum transferre actiones: & hoc transpoſuimus ad Senatuſconſultum Trebellianum, ut ex hoc ſolo neceſſitas hæredi imponatur, ſi ipſo nolente adire, fideicommiſſarius deſideret reſtitui ſibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

N O T Æ.

7. *Vel repetere ſolutum*) Solutum ſcilicet errore facti, non juris, *leg. 9. Cod. ad leg. Falc.* verbi gratia. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata ſolvit. Si errore facti credens eam eſſe quantitatem patrimonii defuncti, ut exſolutis legatis adhuc abunde ſibi ad quartam Falcidiæ ſuperſit, repetitionem habet: ſi errans in jure, non habet. Id eſt, ſi non ignorabat quantitatem ſubſtantiæ: putabat autem ſe quartæ retentionem non habere. Idemque juris eſt in reſtitutione fideicommiſſi, ut *hic*.

Pro rata portione) *l. C. hoc tit.* Onera tamen legatorum ad ſolum fideicommiſſarium ſpectant, *l. 1. §. ult. ff. eod.* & ibi Accurſ. DD. in *l. 2. & ult. Cod. eod.* Niſi minus dodrante reſtituere hæres rogatus ſit: tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, *leg. 1. §. pen. eod.* Gloſſ. & DD. *ubi ſupr.*

Totam hæreditatem ſponte) Dum fidum obſequium defuncti precibus præbere deſiderat, *l. 45. ad SC. Tr.* & pleniore officio fidei præſtandæ fungi, *l. 4. §. 15. de don. int. vir.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Cur ſtipulationes ex Senatuſconſulto Pegaſiano deſcendentes captioſæ viſæ?*
2. *An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatuſconſulti, & an teſtator deductionem hujus quartæ vetare poſſit?*
3. *Duplex deductio juxta cap.* Raynutius 16.
4. *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant?*
5. **Explicatur** l. 5. **hoc tit.**
6. *Legatorum onera ad ſolum fideicommiſſarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis Senatuſconſulti Pegaſiani in Trebellianum, ut jam ex ſolo Senatuſconſulto Trebelliano reſtituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quaſi ex hoc Senatuſconſulto quartam, vel quod quartæ deeſt, retinere poteſt: ex eodem actiones pro rata communicantur: ſi hæres adire & reſtituere nolit, ex hoc Senatuſconſulto cogitur: reſtituta tota hæreditate ſive ſponte ſive juſſu Prætoris, actiones omnes

jn

in fideicommissarium transeunt, nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminit.

Ex Pegasiano Senatusconsulto descendentes) Stipulationes partis & pro parte emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia ex Senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

Captiosas) Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus a fideicommissario repetebat; sicut e diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod a debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnum pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius; quod cum ex Trebelliano restituitur hæreditas, commode potest vitari. Nam quatenus hæreditas est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest: & vicissim si ipse experiatur, eadem exceptione repelli. Captiosas igitur hasce stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ, sed quia captioni & damno obnoxiæ, plenæque difficultatibus: quia captiosæ propter has stipulationes Senatusconsulti Pegasiani ambages, auctore Justiniano, *leg.* 2. §. 6. *Cod. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur, quod alicui fraudi aut damno est, *leg.* 5. *de transact. l.* 14. §. *aliquando*, 5. *vers. unde quidam quod met. cap.* 6. *leg.* 6. §. *si quid*, 10. *quæ in fraud. cred.* Recte igitur Theophilus reddidit ἐπιζημίας id est, damnosas: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

In legibus magis simplicitas) Laudat in §. *cæterum*, 3. *infr. de legit. agn. succes.* legem duodecim tabularum, quod simplicitatem legibus amicam amplexa sit in legitima agnatorum successione. Quod autem legumlatoribus in condendis legibus placere videmus, id etiam in earum interpretatione nobis sequendum est, vitandæque argutiæ, subtilitates, scrupulositates, obscuritates, distinctiones ac differentiæ nimiæ.

Senatusconsulto Trebelliano præstare) Quod planius erat, & citra captiosos circuitus, ipso jure quoad vim & effectum transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas longosque, & captiosos ambitus Pegasianum exequebatur.

Vel quartam, vel quod deest) Hinc Interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nunquam alio nomine, quam Falcidiæ appellatur, ut ostendi *supr.* §. 5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommissa universalia. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus, atque in dubio, ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommisso hæreditatis quicquid de Falcidia jure nostro captum est, ex æquo ad utramque partem pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidiæ amittat, *leg. ultim.* §. *penult. Cod. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est, si testator expresse vetuerit hæredem ea uti, *Novell.* 2. *cap.* 2. Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidiæ nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent Interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At tunc tam a frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei agn. num.* 5. Gonnez. 1. *resolut.* 1. *n.* 11. & 12. Everh. *in Top. a Falcid. ad Trebell. loco* 34. Gail. 2. *observ.* 138. *num.* 16. Clar. §. *testam. q.* 62. Mantic. 7. *de conject. ult. vol.* 11. 12. Fachin. 5. *controv.* 4. Perez. *ad tit. Cod. de jur. del. num.* 4. & *Cod. ad Senatusconf. Trebell. num.* 20. Christin. *vol.* 1. *decis.* 316. & *vol.* 4. *decis.* 25. 51. & 52. D. Tulden *comm. in tit. præc. cap.* 3. Apparet tamen ex allegatis a Christinæo, sic fere usu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expresse prohiberi possit, præter quam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere refert Grot. 2. *manud.* 20. Intellige autem per liberos primi gradus non tantum filios, sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium vero non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti: & ita sæpissime judicatum, Mynf. 3. *obs.* 60. Gail. *d. obs. n.* 3. & 6. *Dec. Cur. Holl.* 3. add. citatos a Christ. *d. vol. dec.* 51. *num.* 3. Jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius*, 16. & *de test.* quod quamquam legibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. *obs.* 5. Hotom. *illust. q.* 43. usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tamquam Evangelium practicari, testantur Bald. & Jas. *in auth. res quæ Cod. comm. de legat.* Cathr. *in leg. jubemus*, 6. *C. ad SC. Tr.* Christin. *vol.* 1. *dec.* 245. & *decis.* 315. eoque jure etiam nos utimur. Grotius 2. *manud.* 20. *dec. Cur. Holl.* 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. Grot *dict. loc.* Gudel. *l.* 2. *de jur. nov. c.* 11. ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis, in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses admittenda sit Falcidiæ aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat admittendam non esse, *arg. leg. lex Falcid.*, 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* VINN. Jus *capituli Raynutius* & *Rainaldus* & *de testamentis*; invectum, jure civili incognitum esse plerique statuunt cum Cuj & Vinnio nostro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ, (adeoque & Trebellianicæ,) deduci æs alienum: profecto etiam deduci voluit portionem hæreditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accensetur, *leg.* 8. §. 8. *ff. de inoffic. test. l.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. Deinde (2) in *leg.* 6. *C. ad Senatusc. Trebell.* diserte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda l gis Falcidiæ portione obtinere jubemus: & si pater vel mater suo, seu filiæ, institutis hæredibus, legaverit, eos easve nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus suis, ac deinceps restituere hæreditatem.* Permittit ea lex liberis, fideicommisso obstrictis, ut possint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani Senatuscon-

sul-

fuiti; sed addit, in eam quartam nec reditus, nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam hic esse, quam portionem legitimam, acute observavit Vir Clarissimus A. A. Pagenstecher. *in Aphor. h. t.* §.164. Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *leg.8.* §.9. & 14. *ff. de inoffic. test. leg.31. Cod. eod.* & apud Paul. *Recept. Sent. lib.4. t.5.* §.5. Qui jam ab aliis observatum, portionem hanc vel lege Falcidia, vel ex eisdem rationibus fuisse introductam. Vide Joan. a Cost. *ad princ. Inst. de inoffic. testam.* & Vir. Schulting. *Jurisp. ante Just.* p. 381. Ex quo patet, Pontificem in istis capitulis Interpretem magis juris civilis, quam legislatorem egisse. Dissentit D. Harpec. *Disp. de non deducendis duas quartas*, cujus argumentis tamen facile satisfieri posset, si id jam ageretur. HEIN.

Vel repetere solutum) Solutum scilicet errore facti, *l. error*, 9. *Cod. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti, sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacumque ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.

Pro rata portione) Si pars tantum hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remanent, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, sponte, an coactus nihil refert transferuntur actiones omnes, si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remanent, *leg.1. C.h.t.* Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte, simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *leg. restituta*, 37. *leg. facta*, 63. *in princ. h. t.* Quod autem etiam in ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l.* 5. *eod.* eo nihil aliud significatur, quam quod in constituenda summa bonorum ineatur etiam ratio æris alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit quantum æris alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse: ex his centum deberi. His fideicommissario restituentur ccclxxv. ac pro hac portione, id est, pro novem unciis, transferetur in eum onus æris alieni cxxv. retinebit hæres, pro quarta parte ipse a creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit, actiones pro rata parte in utrumque dari. Quod non satis recte mihi explicuisse videtur VVesemb. & post eum Christ. *vol.4. dec.53. n.5.* Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat; onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit. Accurs. *in leg.1.* §. *ult. h. t.* DD. *in leg.2.* & *leg. ult. Cod. eod.* Tolosan. 42. *syntagm.31. n.3.* D. Tulden. *comment. in hunc tit. c. 4.* Quæ sententia, etsi Donello in *dict. leg.* 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommissis detrahatur, *l. 3.* §. 2. *eod.* utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituat, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram: nisi dicamus, hæredem subinde a legatariis recte pro sua parte conveniri, & quod solverit a fideicommissario eum repetere debere, sibique imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest; quoniam auctoritate Senatus, dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituto, actiones legatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus, quod sibi detractum legatarii pro rata imputabit, *argum. leg.* 3. *in princ. eod.* Plane si antequam restitutio facta est, legatarii petant; puto hæredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat, *arg. leg. ita tamen*, 27. §. *qui ex Trebell.* 7. *in fin. eod.* Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est; pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, *leg.1.* §.*pen. eod.* Salic. *in dict. leg.2.* & *leg. ult.* Grot. 2. *manuduct.* 10. Mynsing. Schneid. *hic*. Ad quem casum plerique Glossam etiam referunt *dict. leg.2.* Bach. *in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 14. thes. 9.* putat, hanc *dict. leg.* sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahatur, cum concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

Nec damno, nec commodo) Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit: neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *leg.5. h. t.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

T E X T U S.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant?

§. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur: an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, partis aut partem restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observare præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

Sententia hujus loci satis plana est. Nota tantum qui ex asse institutus est & rogatus, aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere potest, vel ultro adeundo & restituendo, partem quartam aut quod quartæ deest retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum, vel suspectam hæreditatem dicendo, exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, *leg. cogi*, 16. §. *si quis*, 4. *h. t.* verum etiam, si quis ex parte & verbi causa ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultro restituendo, aut adire recusando, Prætorisque jussu adeundo, omnes actiones abs se removere, & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi a Prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni

omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula; *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in parte quantum ad partem*, *leg. quæ ad tota*, 76. *de rei vind. leg.* 3. *pro derel.* §. *si rem*, 12. *in fin. supr. de leg.* Simile est, quod supr. §. 1. *de leg. Falcid.* docuit in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ poni. Exempli gratia. Si quis ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis retinere.

T E X T U S.

De eo, quod hæres voluntate testatoris deducit, percipitve.

9 *Si quis una aliqua deducta, sive percepta, quæ quartam continet, (veluti fundo vel alia re,) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quarta parte retenta, rogatus esset reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive percepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, quæ remanet apud eum hæredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero vero casu, cum quarta parte retenta rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium: pro quadrante remanent apud hæredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut percepta, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in qua maxima pars hæreditatis continetur, æque in solidum transferuntur actiones: Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus pluribusque rebus deductis perceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta perceptave, quæ quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.*

N O T Æ.

9. *Una aliqua re deducta*) Qui certa aliqua re aut summa deducta rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certa instituto cohæres simpliciter datur; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, *leg.* 1. §. *ult. h. t. l. pen. Cod. de hær. inst.*

In qua maxima pars hæreditatis) Nam pretium rei non mutat rationem juris: onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retineat, *dict. l.* 30. §. 2. Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per *l.* 1. §. 16. *eod.*

Duabus pluribusve) Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuatur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres) Ut si percepta re aliqua rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

COMMENTARIUS.

1 *An & quatenus in casu proposito, consumpta portione restituta, legatarii & creditores eum hærede agere possint?*

SUpra 1. *de hær. inst sub* §. *& si plures*, 8. docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omnemque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *leg.* 1. §. *si ex fundo*, 4. *dict. t. l. cohæredi*, 4. §. *ult. de vulg. & pupill.* Ac si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; quæ ex certa aut summa, pro legatariis haberi, *leg. pen. Cod. de hær. inst.* nisi hæredes partis universæ defecerint: tunc enim idem juris esse, ac si instituti in re singulari ac initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis, deducta certa re vel summa, rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate, fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus, qui ex re certa institutus, cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solum fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tamquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una reliqua re) Quæ *præcedd.* §§. dicta sunt, de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte reliqua ex voluntate defuncti retenta, aliquam hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte aliqua hæreditatis seu assis, sive ut vulgo Interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longe esse, si quis percepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis, restituere rogatus sit, quamvis ea res vel summa quartam partem vel amplius contineat. Nam etsi hic quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullave onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque perceptum habiturum jure legatarii, id est sine ullo onere hæreditario, quo constet legatarios non premi, *leg. si hæred.* 32. *mand. leg. ult. Cod. de hær. act.* Marcianus breviter & dilucide rem totam proponit in *leg. si legatus*, 30. §. 3. *h. t. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hæreditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet *leg.* 1. §. *ult. eod.* Quod si hæres coactus a Prætore adierit, etiam commodo perceptionis privabitur, *leg. ita*, 27. *si perceptis*, 14. *eod.*

Quæ quartam continet) Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæreditario retinere, Gloss. & DD. *hic arg.* §. *sed quia*, 7. *h. t. l.* 1. §. *si hæres*, 16. *eod.* Æquum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Gloss. in *d. l.* 1. §. *ult.* Cantiunc. & Mynsing. *hic.*

Ex Senatusconsulto Trebelliano) Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres non ultra dodrantem re-

restituere jussus erat, restitutio fiebat ex Senatusconsulto Trebelliano. Hoc cum nostri dicunt, perpetuo significant, actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante, restitutio fiebat ex Pegasiano. Quo casu actiones apud hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt, §. *ergo*, 6. *eod.* Hodie remoto Pegasiano distincte pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. *si hæres*, 10. *eod.* actionesque in solidum transferebantur: quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæreditario remanet, similis est legatario.

In qua maxima pars hæreditatis) Finge eum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut percepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic enim si fundus iste maximam partem hæreditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium vel rationem juris mutat, aut efficit, quominus res sit singularis. (1) Cæterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse, hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt Cantiunc. & Mynsing. *hic*. Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus: quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte, quam percepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem Mynsing. & Gothofr. *in annot. marg. ad Schneid.* quod etiam tamquam certum atque apud nos quoque receptum tradit D. Grotius 2. *manud. c.* 20. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæreditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres a se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæreditatis excedit, per ea, quæ habet Bartolus *in l. in ratione*, 11. §. *quod vulgo*, 5. *ad l. Falc.* *n.* 8. & 10. Quamquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium convenire non posse, cum aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipue hoc, ut si putent hæredem non esse solvendo, bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet) Cautius faciet, si jure deliberandi non utatur, sed novo beneficio inventarii, quod a Justiniano datum omnibus, quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hæreditate, §. *extraneis*, 5. *supr. de hær. qual.*

Si lucidas pluribus si ita tamen, 27. §. *si perceptis*, 14. *h. t.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæreditate seu jure hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæreditariis. Mynsingerus imperite rem hæreditariam cum quota hæreditaria confundit.

Sed ei certa summa) Huc ergo pertinet *lex* 1. §. 17. *eod.* quem locum perperam DD. comm. alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retenta quarta parte hæreditatis, actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quamquam vera mihi videtur propositio.

At eum, qui ex parte) Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse, alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret L. Titio. Titius recepta hæreditate solus pro semisse actiones excipit: cum, ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat, at qui restituit, pro sextante obnoxius maneat:

T E X T U S.

De fideicommisso hæredis ab intestato.

10 *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæreditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

COMMENTARIUS.

10 *Intestatus moriturus*) Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex, hos Prætor vocat, ejus autem, qui a defuncto nihil accipit, fideicommitti non potest, *l.* 9. *Cod. de fideic.* Sed huic dubitationi occurrit Pal. *leg.* 8. §. 1. *de jur. eod.* Ulp. *l.* 1. §. 6. *de leg.* 3. Nimirum etiam his hæreditatem tacite a defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

N O T Æ.

1 *Ratio cur etiam a legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.*
2 *An fideicommissum a legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur?*

Fideicommissum tam hæreditatis, quam singulare, non solum testamento, verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *sup. h. t.* nimirum ut directo testamentario hæredem instituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in princ. eod.* Ulp. *l.* 25. §. 9. Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, *d. l.* 3. *pr.* *d. l.* 8. §. 1. Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem Senatusconsultum extensum est, *d. l.* 1. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. 1. *eod.*

Intestatus moriturus) Dubitari potuit, an a successore legitimo aut honorario fideicommissum recte relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil a defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, *l.* 9. *Cod. de fideic.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil a defuncto accipiunt, sed illos lex duodecim Tabularum ad hæreditatem vocat, hos Prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes a lege, honorarii a Prætore vocentur; tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salva utique portione liberis & parentibus debita)

hæ

hæreditatem ipsis tacite relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. *sciendum*, 6. *de l.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum posse, ad quos aliquod perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *leg.* 8. §. 1. *de jur. eod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamil. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem*. (2) Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredi ab intestato, nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in princ. de jur. eod.* Ulpian. *d. tit.* §. 3. Estque hoc juris explorati, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. eod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum, reliquerit, si illo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulpian. *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l. si Titio* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l. de jur. codic.* Doctores vulgo cum Accurs. & Bart. *ad dd. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum a quolibet succedente deberi, hoc casu non deberi, nisi a cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *arg. d. l.* 3. *de jur. eod.* junct. *l. pater meus*, 29. 1. 1. *de legat.* 2. add. Bart. *in l. cum pater* 77. §. *cum existimaret* 29. *de legat. eod.* quæ distinctio rationem habet. Ant. Faber, *conj.* 15. contendit, vitiosam esse lectionem, *dict.* §. *pen. l.* 1. *de legat.* 3. legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere*. Mihi tam periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento) Legatum olim non nisi testamento aut codicillis testamento confirmatis dari potuit; credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulpian. *tit.* 24. fac. *leg. si ita* 58. *de cond. & dem.* quibus tantum in testamento locus erat. Unde definitur legatum, donatio testamento relicta, *leg.* 36. *de legat.* 2. Scilicet inconveniens visum est, pro imperio aliquid mandare ei, quem non defunctus, se lex hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuta: atque ut vim fideicommissi haberent, benigne recepta fuisse, *argum. leg. Scævola* 76. *hoc titul.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *Cod. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus & legata quoque ab intestato relicta directo valere, contra Joann. Fabrum. Anges. & Giphan.

T E X T U S.

De fideicommisso relicto fideicommissario.

11. *Dum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

COMMENTARIUS.

NON modo hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum *leg.* 1. §. *de illo* 81. *hoc titul.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cum suspecta diceretur, recipit, totam restituere, *leg. si patroni* 55. §. 2. *eodem*. Solus autem hæres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est, jus quartæ retinendæ habet, *leg. lex Falcidia* 47. §. 1 *ad leg. Falcid.* Etenim cum semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, *dict. leg.* 55 §. 1. Proinde cæteri, quatenus cœperunt, & rogati sunt restituere, fideicommisso obstringuntur, *leg. Lucius* 78. §. *hæres* 11. *hoc titul.* similiter, ut legatarii, a quibus fideicommissum relictum est, *leg. pœnales* 32. §. *si Titio* 4. *ad leg. Falcid.* Plane si hæres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, *leg.* 1. §. *unde Neratius* 19. *hoc tit.*

T E X T U S.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide hæredum pendent, & tam nomen, quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eumdem Principem superare contendentes, ex facto, quod Tribonianus vir excellentissimus, Quæstor sacri palatii, suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei hæredis sui commisit, ut vel hæreditatem, vel speciale fideicommissum restituat; & neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero: qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari; sed vel pauciores, vel nemo penitus testis intervenerit: tunc sive pater hæredis, sive alius quicumque sit, qui fidem hæredis elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit; si hæres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit; necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coarctari; ne depereat ultima voluntas testatoris fidei hæredis commissa. Eadem observari censuimus; etsi a legatario, vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, postquam negaverit confiteatur quidem, aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando dispositioni hoc §. locus?*
2 *Non mutari constitutionem l. ult. §. ult. Cod. de codicill. nec. l.* 25. *Cod. de fideic.*
3 *Hæredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*
4. *Glossema in fine textus observatum.*

AUdivimus supra, fideicommissorum originem, nomen & substantiam a fide hæredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide hæredum ab initio pendebant, ita & sola religione hæredum, quorum per-

[illegible] n fibi aliquid commissum est, nunc confiteri, nec ordinariam precationem denegat. Constitutum hoc a Justiniano, *l. ult. Cod. de fideicomm.*

[illegible] *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero*) Quando testator, contempta omni alia precatione scripturæ vel testium, fidei solius hæredis committit, ut aliquid præstet, placet Justiniano, fideicommissum ab hærede præstandum, idque, sive neget [illegible], fideicommissum a se relictum, & jusjurandum [illegible] per ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur, sibi a se relictum, sed dicat, se non teneri. quia [illegible] relictum sit, *d. l. leg. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priore colligitur. Cur enim hæres jurare recusans fideicommissum [illegible]? Nec aliam utique ob causam, quam quod recusatio jusjurandi tacitam confessionem habet, *l. [illegible] 38. de jurejur.* ac proinde multo magis fideicommisso [illegible] constringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere [illegible], & [illegible], ac contrarium ei, quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo [illegible] est, [illegible], ideo constitutionem suam adversus [illegible] [illegible]. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse, ab hærede fideicommissum exigi [illegible] probationem, respondet, illud hac in re iniquum non esse, ubi hæres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate non teneri, jurando se nescire quicquam relictum esse. 2. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult. §. ult. C. de codic.* respondet, id justum esse, cum res per testes probanda est, ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso hærede, eodemque debitore, exigitur. Quod vero traditum est in *leg. si cautio [illegible] 3. C. de fideic. [illegible]* ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet. & nisi de fide scripturæ, quam testator [illegible] voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit. Consule Mantic. *de [illegible] lib. 2. tit. [illegible] n. 3.* Qua autem ratione [illegible] introduxerit Justinianus, in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus) Hoc a Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* [illegible] numerus testium in codicillis definitur non [illegible], vel duos idoneos sufficere arbitror, *argum. leg. [illegible] 12. de testib.* de quo plenius sub *§. inf. de [illegible]*. Manet autem nunc etiam jus constitutum *d. leg. [illegible] §. ult. Cod. de codic.* ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod [illegible] *d. l. ult. C. de fideicomm.* Justinianus sancit, tunc solum obtinet, cum defunctus rem, quam præstari voluit, fidei hæredis præsentis committit extra testamentum aut codicillos.

[illegible] prius ipse [illegible] jurat) Id est, se non [illegible] hæredemque religione urgendi [illegible] jusjurandum deferre; sed quia [illegible] se rem habere [illegible] persuasum sit; quod jusjurandum, licet alias in usu esse desierit; tamen in omni judicialis jurisjurandi [illegible], si exigatur, est præstandum, juxta *[illegible] 34. §. 5. de jurejur.* Damhoud. *prax. [illegible] 111.* Mascard. *lib. 4. [illegible] 4. [illegible] 3. [illegible]*

[illegible] solvere) Conditione jusjurandi in jus [illegible], regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, *leg. [illegible] de reb. cred.* Manifestæ enim confessionis [illegible] creditur; nolle jurare, aut [illegible] referre, *leg. manifesta 38. di jurejur.*

3. At in proposito ne referre quidem hæres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus hæres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *leg. Marcellus 11. & seqq. ver. [illegible] d. l. leg. jusjurandum 34. in pr. de jurejur.* & ita recte Mynsing. Schneid. Wesemb. *hic* mirumque est, veteres Interpretes in re tam manifesta variare.

(4) *Postquam negaverit*) Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio, Fabroto, desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit; & Joann. Faber quoque refert, se Bononiæ aliquot codices vidisse, a quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione hæres in specie proposita fideicommisso obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita; quia hic casus solum verbis expressa fuit. Ceterum simpliciter, quisquis confitebitur, de fideicommisso obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quidquam constitutum, ut hæredis inficiatio coerceatur; in quo falluntur DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. *ad dict. leg. ult.* Mynsing. Schneid. *hic.* sed totum voluntatis testatoris servandæ causa, ut diserte scriptum est in extremo *dict. leg. ultim.* & tenent Joann. Fab. & Jason. *in dict. leg. ultim.* & quos etiam ex facto consultos, non attenta communi opinione, in reponendo secutus est quondam Curiæ nostræ Coryphæus Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam a Wesemb. *hic.* Donello in *dict. leg. ultim.* nec alienus Mantica *dict. lib. 3. titul. 13. num. 5.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio, & argumentum Tituli.

Hactenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas, aut pars hæreditatis relinquitur, quæ a legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agitur §. 3. *sup. de legat. & leg. 2. Cod. comm. de legat.* ad illa fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *dict. §. 3. princ. tit prec.* Docet hic Imperator, a quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt; postremo in genere, quibus maxime verbis fideicommissa relinqui solent.

TEX-

T E X T U S.

Summa.

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam, & vel ipsum hæredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium quamvis a legatario legari non possit.

N O T Æ.

Vel legatarium) Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *leg. 26. de pos. l. 77. de leg. 1.*

A legatario legari non possit. Hoc etiam ad jus vetus referendum. Ulpian. *tit.* 24. §. 19. Cujac *lib.* 2. *tit.* 7. Nam hodie hæc quoque differentia sublata, utique quod a legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, *arg. l. 2. Cod. comm. de legat.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur olim a legatario legari non potuerit, & an hodie possit?*

F*Undum, argentum, hominem, vestem*) Hæc nomina generalia quidem sunt, verum specialiter hic sumuntur; intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *leg. legato 37. de legat.* 1. Ceterum & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est, & simile legato.

Vel legatarium) Singulæ res per fideicommissum non solum ab hærede relinqui possunt, verum etiam a legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *leg. 5. §. 1. de legat.* 3. Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *hoc titul. leg. ab eo 9. Cod. de fideicommiss.*, & donatario mortis causa, *l. cum pater 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.*

(1) *A legatario legari non possit.*) A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eo recte dentur, didicimus etiam ex Ulpian. *tit.* 24. §. *a legatario* 19 & Cajo *lib. 2. tit. 7. §. 3.* Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat, quem universi juris successorem esse volumus, & locum nostrum subire. Dixerit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi a legatario formula dari potest. Ego vero a communi & recepta Interpretum sententia non recedo, qui censent, etiam hanc differentiam una cum ceteris hodie sublatam esse, legataque non minus quam fideicommissa a legatario relinqui posse. per *l. 2. Cod. comm. de legat.* Equidem concedo, non omnibus legandi formulis, cum a legatario legatur, locum esse: sed quod Giphanius ait nullam dari posse, id nego. Per præceptionem hæredi a cohæredibus duntaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit a legatario legari. Etenim si testator, postquam legavit, *Titio fundum Tusculanum do lego*, mox eundem fundum Seio leget hac formula: *Seio eundem fundum Tusculanum do lego*, aut sic: *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*, aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest: *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei lego, dare Seio: Titium legatarium meum eundem Seio dare jubeo.* Nam & cum magna esset legatis per damnationem cum fideicommissis affinitas, & nonnulla verba communia utriusque generis, ut jubeo, volo, impero, damno, vid. *inf. §. ult.* Quin etiam sinendi modo a legatario recte legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere Cod. Seium sibi habere partem fundi, quem ipsi legavi.* Non obstat, quod Justinianus simpliciter scribit, a legatario legari non posse: nam præcedenti quoque titulo §. *præterea* 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quidem §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa, ex constitutione sua emendatione tempore voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentiæ adhuc maneant, id quod se facturum antea testatus est §. *sup.* in quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam a legatario relinqui possint, dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto* formula est legislatoria. Testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii, quem non damnare, sed locupletare docuerat, sed ratione hæredis, tamquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Non revera formula nulla legato a legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio, quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeatur. HEIN.

T E X T U S.

Quæ relinqui possunt?

1. *Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere; sed & hæredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est, ei qui rogatus, aut ipsam rem redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere.*

COMMENTARIUS.

1. *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*
2. *Declarata regula: Neminem posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit.*

1 MUlta etiam olim fideicommissis communia cum legatis fuere; quale est hoc quod hic traditur de re, quæ testatoris propria non sit, per fideicommissum relicta. Res, quæ, cum in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel hæredis esse, vel legatarii, aut fideicommissarii, vel tertii alicujus, quæ sola in hac tractatione proprie aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest, sed etiam

 here-

hæredis, *d.* §. 4. ita sciamus, non solum rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinqui posse: & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l. unum 67. si rem 8. de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur, *§. sed si rem 10. sup. de legat.* ita & fideicommissario rem, quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæ olim non potuit, quia ab his legari non licebat, sed tantum fideicommissum dari. Nunc vero etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe cui hic sermo est de fideicommissis, non considerata legatorum cum his exæquatione. Ait, per fideicommissum relinqui posse etiam rem legatarii, aut fideicommissarii, a quo scilicet relinquitur, non cui relinquitur. Sed quid si in proposito defunctus putaverit rem suam se relinquere? Dicimus, nihilominus valere fideicommissum eadem ratione, qua, si res hæredis esset, valeret, *arg. d. l. unum 67. §. si rem 8. de legat.* 2. *d.* 4. *sup. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hic ait Justinianus, etiam rem cujuslibet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinqui posse: nam legari posse docuit *d.* §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius a nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse, utrum testator scriverit, an ignoraverit, esse alienam, atque illo demum casu, non hoc, valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat, sciendum est, ad fideicommissum quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *Cod. de legat.*

Etiam de alio, sive ipsius) Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, *arg. §. sed si rem 10. sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

2. *Ne plus rogetur quisquam restituere*) Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, *l.* 1. §. [illegible] *quis 37. ad SC. Trel. l.* 1. §. [illegible] *de* [illegible] *l.* 3. *l.* [illegible] 14. §. 3. *de legat.* 1. [illegible] *Cod.* [illegible] Hujus autem regulæ exemplaris traduntur exceptiones, quæ tamen non tam exceptiones sunt, quam declarationis regulæ. Cujusmodi est, quod, si alicui centum legata sint, & is duplum post tempus restituere rogatus sit, placet, valere fideicommissum etiam ultra [illegible] legatum, quatenus intermedio tempore [illegible] percepit eam excedunt, *l. imperator 70. §.* [illegible] *de legat.* 2. [illegible] quod, qui [illegible] quamvis [illegible] fideicommissario [illegible] legatum non [illegible] *l. imperator 70.* [illegible] si cui fundus [illegible] restituere sit rogatus, & [illegible] *l. fund.* [illegible] [illegible] est, [illegible] licet te-

gatarius viliorem elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, *leg. plane 24. §. 2. de legat.* 1.

Redimere & præstare, aut æstimationem ejus solvere) Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & præstare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: *leg. non dubium 14. §. 2. l. qui quatuor 30. ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *sup. §. 4. de legat.*

TEXTUS.

De Libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut hæres eum rogetur manumittere, vel legatarius, vel fideicommissarius: nec interest, utrum de suo proprio servo testator roget, an de eo, qui ipsius hæredis, aut legatarii, vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem, perceperit,) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur, quoad possit tempore procedente, ubicumque occasio servi redimendi fuerit, præstari libertas. Qui autem ex fideicommissi causa manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus sit: sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus fit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo in testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

COMMENTARIUS.

1. *Liberi orcini, & numquid juris in eos familiæ?*
2. *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli* l. 2. comm. de legat.
3. L. 58. de man. test. *cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quam directo, cum non tantum propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio *in leg. libertates 16. de fideic. libert.* Quod ait, non tantum propriis, sed etiam alienis, ex eo intelligitur, directo servis alienis libertatem dari non posse; quod etiam expresse rescriptum est in *legat.* 9. *Cod. de testam. man.* Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis detendi ei posse fideicommissariam, *arg. leg. generaliter 24. §. si quis 10. l. si fideicomm. libert. l. 10. §. ult. de testam. tut.* Sed obstant memorati textus, & maxime *l. 9. Cod. de testam. man.* quo loco rescribitur, nec hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in [illegible] *si servus*, 108. *l. si* [illegible], 9. *de legat.* 1. talem [illegible] dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si hæres directo damnatus esset [illegible] alienum manumittere, illud legatum [illegible] valet, si dominus eum liberum [illegible],

adeo ut nec æstimatio legatario præstari potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari, quam ut, domino eam vendere nolente, legatario æstimatio præstaretur. §. 4. *Inst. de legat.* Fideicommissorum autem quum esset benignior interpretatio, judicabant veteres, illis, & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi opportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio, cur in *l. 30. ff. de manum. testam.* servo proprio, qui apud hostem est, libertas directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris; tamen vel æstimatio præstari potest, id est, λύτρα, vel si id repudietur, spes superest servum postliminii jure in potestatem hæredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommissarius. Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum redimere & manumittere: si modo quod a defuncto iis relictum est, agnoverint.

Aut legatarii. Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quam in precio servi, *d. l. generaliter 24. §. si quis 12. de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l. sed si 36. ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei. *l. 6. Cod. de fideic. libert.* Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non alias erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l. generaliter §. si quis.*

Non statim extinguitur libertas. Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur; sed expectanda est emendi opportunitas, *d. l. 6. Cod. de fideic. libert.* equidem æstimatio hic præstari non potest, ut in casu §. *præc. in fin.*

Ejus, qui manumittit. Cui per fideicommissum libertas relinquitur, is ejus libertus efficitur, a quo manumissus est, *l. 7. Cod. de fideic. libert.* Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo petere, *l. qui ex causa 29. de bon. libert.*

Ipsius testatoris. Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, *l. 19. Cod. de testam. man. leg. testamento 23. & l. 25. ff. de man. test. l. quæro 32. §. ult. de test. tut.* (1) Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus fit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, ante ejus, *qui ad Orcum demissus est*: *Acheronticus* a Cujacio, Χαρωνικὸς a Theophilo vocatur eadem forma, qua *Orcini senatores*, quorum in *Augusto cap. 35.* meminit Svetonius, a Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de hær. inst. l. dom. de pecul. leg. l. alias 2. §. per contrarium 10. de dot. præl. l. 2. de statu lib. l. 4. §. hi qui 12. de fideic. lib. 10. Cod. de test. man. l. 8. Cod. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere, ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. cum quasi 30. §. quærendum 12. l. si is 49. de fideic. libert. l. 5. qui sine man.* Igitur Orcini cum eum patronum habeant, qui esse desiit, non male dicuntur liberi nullius esse. *l. 4. in princ. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legit. tut.* libertos familiæ fieri, *l. si fetus, 48. de manum. test.* liberos, & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. §. sed etsi 7. Cod. de latin. lib. toll.* Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum juspatronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura, ut in liberto habuisse. (2) Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, quæ directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *leg. 2. Cod. commun. de legat.* retinenda est: quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus, qui a testatore rogatus est, manumittere non potest; cui alioqui eriperetur jus patronatus, quod defunctus eum habere voluit: in quo consentiunt omnes Interpretes paucis recentiores exceptis.

Quo faceret testamentum & quo moreretur. Hoc item traditur in *leg. Servius 35. de man. test.* Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest propter regulam Catonianam, & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servus tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit. Proinde quod apud Marcianum *l. etenim 58. de man. test.* legimus, eum, qui mox esse jussus est, alienatum a testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omnino accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non fuit, hæreditarius fieri nequit. Plane, si servis testatoris, qui apud hostes sunt, libertas directo data sit, placet, hos libertatem consequi, quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti, neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. si servi 30. de man. testam.*

Velut ex suo testamento. Ἀπ' αὐτῶς, protinus ex testamento, cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

T E X T U S.

De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur.* Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.*

N O T Æ.

3. *Peto, rogo, &c.*) Hæc verba dicuntur precaria & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis; vid. Ulpian. *tit. 25.* Paul. *4. sentent. 1.* Hodie autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *leg. 2. Codice comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

(1) RElensentur hic a Justiniano verba fideicommissorum maxime usitata, & quæ [illegible] leguntur in *l. libertate 16. de fideic. lib.* nam increbescente progressu temporis favore fideicommissorum longe plura recepta sunt, placuitque, fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere, veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum, exigo, desidero ut des, volo hereditatem meam Titii esse, scio, non dubito, te hereditatem meam restituturum Titio, leg. etiam 115. leg. & nec 118. de leg. 1. l. nam 67. §. ult. de lega. 1. l. Pamphilo 39. de legat.* 3. Paulus 4. *sentent.* 1. scribit, his omnibus verbis fideicommitti posse: *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero quoque, & impero.* Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ, quam Ulp. *tit.* 24. § 25. facit inter legata & fideicommissa: legatum dentiens, quod imperative relinquitur, fideicommissum, quod precative. perinde enim hoc est, ac diceret, legatum esse, quodcunque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpe vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio heredi meo impero, ut servum meum Stichum manumittat*, proculdubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Jubeo*, aut *hæres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tamquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quam si dicat: *jubeo*? quod etsi directum est, Ulp. *i. tit.* 25. §. 3. *l.* 2. *C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quoties quid restitui jubetur, *l. Lucius* 88. §. *quisquis* 10. *de lega.* 2. *l. Aurelius* 28. §. *ult. de lib. leg.* aut minus etiam [illegible] quod cum imperativum sit, tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit: *Impero tibi heres, ut L. Titio centum des*, hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, [illegible], quis dicat, *an heredem meum dare jubeo*, aut *heres damnas esto dare*. Ulp. *d. tit.* 24. §. 3. Verbo *injungo* [illegible] negat Paulus *d. loc.* [illegible] fideicommissum [illegible] parte. De verbo [illegible] constat, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 12. *C. de fidei. [illegible]*. At ex verbo [illegible] videtur [illegible] fideicommissi *l. Lucius* 88. §. *[illegible]* 8. *ad SC. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verborum significationis [illegible] legitimam [illegible], legata vel fidei commissa [illegible], [illegible] validam esse jussit, *leg.* 2. *[illegible]*. Sæpe enim, quod notandum est ex [illegible] testatoris fideicommissum inducitur, cum [illegible] fideicommissi non sint, aut sunt fideicommissi [illegible], [illegible] spectantur exempla in *leg. [illegible]*, 17. *[illegible] qui* 29. *ad SC. Treb. l. cum proponebatur* 64. *l. [illegible]* 69. *in pr. de legat.* 2. *l.* 11. §. *si quis ita* 4. *leg. ult.* §. 3. *de legat.* 3. Conferantur Mathæac. *epit. legat. lib.* 1. *cap.* 3. *Christ. lib.* 2. *de jur. fideic.* 18. & 2. *Menoch. lib.* 7. & 8. *de conject. ult. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. præc. cap.* 3.

TITULUS VIGESIMUS QUINTUS.

DE CODICILLIS.

Dig. Lib. 29. *Tit.* 8. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 36.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti? eorum definitio, & divisio. Summa Tituli.

VIderi alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cum si codicilli tantum facti sint, succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum hic maxime fuit agere de codicillis a testato factis, quis pars sunt testamenti, ejusque jus sequuntur. Sed codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, *leg. ab intestato 16. hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, sed est, tabellæ ex codicibus, aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *satir.* 10. *Cod. sævo Hæredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantum scribebatur, sive tabulis grandioribus; ita voluntas suprema minus solemnis aut plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *leg. si ita 38. de cond. & dem. hoc tit. l.* 14. *C. de test. im.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est, tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis, ut facile, quo cuique commodum esset, circumferri atque in sinu gestari possent. Et igitur codicillus ὑποκοριστικῶν a codice: quamquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *leg.* 13. *Cod. de sacrosanct. Eccles. ult. Cod. de bon. libert. leg. ultim.* §. *ultim. Cod. de codicill.* quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, *leg.* 2. *Cod. de bon. poss. sec. tab.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis: eorumque, ut & testamenti, duo sunt genera; scripti, in quibus voluntas scribitur; non scripti, in quibus nuncupatur. Primum hic commemorat Justinianus, a quibus, & quam ob causam usus codicillorum introductus compprobatusque sit; deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui possint, ostendit. VINN. Non opus est ambagibus circa vocis *Codicillus* originem. Codicilli veteribus sunt Epistolæ, vel scriptura ad alios missæ. Vid. Cic. *ad Fam. IV.* 12. VI. 18. *ad Attic. lib.* 12. *Epist.* 8. *ad Quint. Fratr. lib.* 11. *Epist.* 10. Imprimis ita vocatæ litteræ ad præsentes missæ. Sen. *Epist.* 8. 55. Quia ergo codicilli plerumque præscribebantur in forma epistolæ, *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *leg.* 32. §. 3. *ff. de legat.* 3. *leg.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* Brisson. *de Formul lib.* 8. *pag.* 686. & non retinuerunt. HEIN.

T E X T U S.

Origo.

Ante Augusti tempora constat, codicillorum jus in usu non fuisse: sed primus Lucius Lentulus, ex cujus persona etiam fidei commissa esse cœperunt, codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fidei commissum, ut faceret aliquid. Et cum Div. Augustus

voluntatem

voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, qui ejus auctoritatem secuti, fideicommissa præstabant; & filia Lentuli legata, quæ jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsisse, an posset recipi hoc, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suasisse Augusto, quod diceret utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, quæ apud veteres fuissent: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos. Post quæ tempora, cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

NOTÆ.

Codicillorum jus) Codicilli sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis; non in hoc comparata, ut testamentum sit, *l.*1. *l.*13. §.1. *h. t.* Et possunt quoque conjici ab intestato, §. *seq.* Imperfecta igitur est definitio Græcorum Theoph. *hic*. Harm. *lib.*5. t. 7. §.3. in Basil. *lib.* 36. *t.* 1. [illegible], aut, [illegible], *testamenti suppletio aut correctio.*

Jure optimo admitterentur) Eorumque recepta duo genera, scripti, in quibus voluntas scribitur, & non scripti, in quibus nuncupatur, *l.*13. *Cod. de Sacros. Eccl. l. ult.* §. *ult. Cod. h.t.* quamquam obstat nominis ratio, vid. Hotom. & nostra *in comm.*

COMMENTARIUS.

L*Entulus, ex cujus persona etiam fideic*) Quod ait, a persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuerit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque hæredes obligari; tum ut etiam codicilli, quibus antea nihil efficaciter dari poterat, accepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit, non constat, & parum refert. VINN. Immo constat, intelligi hic L. Lentulum, quem cum M. Valerio Messala consulem fuisse anno U. C. DCCLI. ex marmore apud Reinesium *Inscr. Class.* 10.3. p.597. discimus. Ei Fichtius falso tribuit Cossi prænomen, quod ex marmoris illius fragmento Reinesius restituit. HEIN.

Testamento confirmatis) Testamento scilicet, quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset, se de hæredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturus esset, id bona fide præstarent. Exemplum testamenti, quo futuri codicilli confirmantur, habemus apud Marcellum *l.* [illegible]

Quibus ab Augusto peti) Indicio hoc est, Augustum testamento Lentuli hæredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem scriberent.

Deinceps reliqui) An reliqui testamento Lentuli Augusto cohæredes dati, ut vult VVesemb. Theophilum secutus; An potius alii aliorum codicillis, rogati, ut fere amant subditi exemplum Principis sequi, quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, quæ jure non debebat) Non quia relicta incapacibus, [illegible], sed quia relicta codicillis, qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius: sed quod nihil eorum, quæ codicillis, licet testamento confirmatis, scripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hic positum pro *fideicommissa*. Plane postea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l.*2. §.2. *h.t.* *l.* 8. §. *ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem a patre scriptam fuisse, cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia; quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredem institui: qua de re scripsimus fusius supra ad §. *de fideic. hær.* Nulla igitur causa est, cur cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ*.

Convocasse sapientes viros) Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, censerentne illi, posse hunc usum recipi salva ratione juris constituti, tum an in eo tam evidens & justa civium utilitas versaretur, ut auctores sibi essent ejus moris comprobandi; exemplo suo docens, nihil novi juris sine consilio prudentum ac manifesta civium utilitate constituendum esse, juxta illud, quod præclare ab Ulpiano dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet*, *l.*2. *de const. princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset) Propter civium Romanorum, qui ad testimonium necessarii erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti Jurisconsultus in *l.*8. §.2. *h.t.* nam testamenti factio loco alligata non est. DD. comm. *in l.*1. *C. de Sacros. Eccles.* Cæterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest, nec codicillos posse, *l. divus*, 6. §.3. *d. l.*8. §.2. *h. t.*

Cum & Labeo) Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & a Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *leg.*2. §. *post hunc*, 47. *de orig. jur.* VINN. Conferendi hic omnino Tacit. *lib.*3. *Annal. cap.*75. & Gell. *lib.*13. *cap.*12. Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateji Capitonis ingenio & prudenti Augusti consilio Labeonis sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiq. Rom. lib.* 1. t. 2. §. 39. p. 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1 *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed Divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis, qui testamentum præcedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, non recessisse.*

NOTÆ.

1. *Sed & intestato*) Codicilli ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l.3. l.8. pr. & §.1.l. 16. eod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l.1. l.13. §. 1. eod. l. 14 Cod. de test.* non adjecta scilicet clausula codicillari, *leg. propon. qui test. fac. l.4. §.3. de vulg. & pup. l.ult. §.1. Cod. h. t.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jus ejus sequuntur, *l.3. §.ult. dict. l.16. eod. l.1. Cod. eod.*

Papinianus ait l.5. eod. & hæc Papiniani sententia recentissima erat Plinii temporibus, ut constat *ex lib.1. ep. 16.*

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2 *Testamento facto, codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; cæterum hodie sublata.*
4 *Quatenus ex his, quæ testamento cauta, mutare quid liceat?*
5 *Sententia extremorum verborum hujus §.*

CODICILLI & ab intestato confici possunt, & facto testamento. Ab intestato facti suis ipsi viribus nituntur, & vicem testamenti exhibent. Proinde quicumque intestati successor erit, sive legitimus, sive honorarius, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *leg.3. l.8. in princ. & §.1. ab intestato, 16. h. tit.* (1 Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc intenta sit, aut testamentum esset; quod eo pertinet, ut sciamus, eam voluntatem, quæ in codicillis valere potuit, si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit, ut testamentum esset. Nam ad validitatem actus civilis requiritur forma, si agentis fuit intentio, ut bene D. Tabor. *[illegible]* cap. 2 Itaque si quis, verbi causa, codicillis scripserit, hanc voluntatem suam esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil a legitimo peti poterit, *leg.1. idem, 13. §.1. h. t. leg. propon. qui test. fac. leg. non codicillum, 14. Cod. de test.* nisi adjecerit, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit, valere saltem vice codicillorum: quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *dict. leg. propon. qui test. fac. l. 2. cohæredi, 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. Titia, 13. de manu. test. l. Lucius, 88. §.ult. de leg.2. l.ult. §.1. Cod. h.t.* de cujus clausulæ vi ac potestate, & an clausula codicillaris a testatore omissa quibusdam casibus suppleri debeat, denique an per testamentum sit, *[illegible]*, & consuetudine notarii eam clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris, vide Mantic. *de conject. ult. vol. lib.11. tit.9. & 10.* ad Gail. *obs.114.* Chislet. *lib. 3. de jur. fideicommiss.* Schneid. *hic cap. de clausul. codicill.* & eruditissimum Jo: Deckerum *diss. 1. disp. 6. n.27. & seqq.* Christin. *vol.4. dec.32.* Ant. Fab. *Codic. h. t. fere per tot.* (2 Testamento autem condito codicilli, quæcumque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiamsi in eo confirmati non sint, *leg.3. §.ult. dict. l. ab intestato, 16. h. t.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.1. C. eod. dict. leg.3. §.ult.* (3 Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ, *leg. libertatis, 43. de manum. test.* perindeque omnia habeantur, ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, *leg.2. §.2. h. t.* quo loco palam est, Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis, sive precariis, debentur jure fideicommissi, *arg. dict. leg.2. §.ult. illud, 18. §.1. h.t. leg. Scævola, 76. ad Senatusc. Trebell.* Illud enim dicere nolim, ea sola, quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt, valere; neque cum Antonio Fabro 15. *conj.15.* potentius esse jus codicillorum, qui ante testamentum facti sunt, quam eorum, qui postea scripti, quasi in illis, post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini, etiam quæ directo relicta sunt, jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur. Quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est, quod de his amplius laboremus: cum enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, *leg. 2. Cod. comm. de leg.* dubitandum non est, quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum) Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent, non videtur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum cavet, id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *leg. quædam, 7. & l.2. seq. §. ult. leg. Plautiana, 18. de fideicommiss. libert. l.g.6. leg.ult. Cod.eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum speciali in hanc confirmationem non fuisse necessariam, patet ex *leg.3. §.ult. h. t.* nisi ad hoc, ut legata & libertates data directo valerent. Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. (4 Hæreditatem codicillis adimi non posse, translatitium est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, *§. seq.* At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, *l. 2. C. h. t.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimmo & legata, utique hactenus, ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, *arg. l. 4. §. præterea, 10. d. dol. mal. except.*

Quam si speciali postea voluntate) Papinianus existimavit, codicillos ante conditum testamenti factos non aliter valere, quam si testamento, quod postea factum sit, vel codicilli confirmentur, aut prior voluntas quodammodo judicio retineretur, *leg.5. h. tit.* [illegible], et credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos a se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens a causa intestati ad causam testati.

Qui-

Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

Divi Severus & Antoninus contra) Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis expresso saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret: atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

(5) *Si appareat eum, &c. non recessisse*) Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo Divi Tuld. *c. ult. hic* ac si scriptum esset, *nisi appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso, quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest, quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit, voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene disputat Ant. Fab. 15. *conj.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in *leg. dotem*, 30. *de jur. dot. l. generaliter*, 24. §. *sed etsi*, 8. *de fideicomm. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æque accurate auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usque recepta sententia, codicillos, nisi testamento postea facto revocati probentur, tacite confirmatos intelligi. Gloss. & Bartol. *in leg.* 5. *hoc tit.* Mantic. *lib.* 1. *de conject. ultim. volunt. tit.* 8. Mynsin. Scheneid. Wesemb. *hic.* Totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit, hoc jure nos uti, ut nisi retenta voluntas probetur, codicilli per testamentum revocari videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum & codicillorum, & ideo nec exhæredatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi potest: nam per fideicommissum hæreditas codicilli jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.*

NOTÆ.

2. *Hæreditas neque dari*) *l.* 10. *coe. l.* 2. *C. eod. l.* 67. *ad SC. Treb.* neque confirmari, *l.* 2. §. *ult. h. tit. l. pen.* §. 1. *Cod. de nec. serv. hær.* quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possunt, *l.* 3. *de test. tut. l.* 43. *de man. test. l.* 2. §. 2. *hoc tit.* Non obstant *l.* 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

Neque adimi) Quæ testamento data aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quæ ut indign.* Hoc autem superiori consequens est ex doctrina contrariorum, *leg. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *Cod. h. tit.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur hoc text. fac *l.* 14. *Cod. de testam.*

Ne confundatur jus testam.) *L.* 7. *C. eod.* aliam rationem affert Papin. *l.* 10. *eod.*

Per fideicommissum) Seu verbis precariis, *leg.* 2. *Cod. h. tit.* quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex *SC. supr. de fideicommiss. hæred.*

Nec conditionem adjicere) Neque detrahere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat, qui detrahit, de pure danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, *l.* 6. *h. tit. l. pen.* §. *ult. de cond. inst.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint; & quæ hujus juris ratio?*
2. *Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda, non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit?*
3. *Consequens esse superioris regulæ, instituto hæredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi, neque directo substitui.*

(1) Ut cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel a testato, licet testamento non confirmatis, relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum, hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l. quod per manus*, 10. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. l. Scævola*, 76. *ad SC. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, *l. militis*, 36. *de test. mil.* Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam; quod solius testamenti proprium est, neque in alium alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, *leg.* 7. *C. h. tit. l. licet* 19. *C. de pact. l. cum donationis*, 34. *Cod. de transact. l.* 5. *C. de pact. conv. tam supr. dot. l.* 4. *Cod. de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *l. ass.*, 77. *de hær. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis, sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt, vel lege sunt hæredes, *leg. pen.* §. 1. *de cond. inst. l.* 2. *Cod. hoc tit. l.* 4. *Cod. de his quib. ut indig.* & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, fac *l. non codicillum*, 14. *C. de test.*

Ne confundatur jus testamentorum) Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos, qui ex testamento vim sumunt, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus*, 10. *h. tit.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi, posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in *l.* 7. *C. h. tit.*

(2) *Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*) Quod toties traditum est, *hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur, ut dire-

directe non posse dari, puta hærede codicillis instituto aut substituto, [illegible] h. t. nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est, aut lege decita, l. 2. C. de his quib. ut indign. Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, l. 2. hoc tit. datatque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipse jure adhuc hæres maneat, manet tamen nomine tantum, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse, an per fideicommissum duntaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto: relicta per fideicommissum non capitur a fideicommissario, nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in [illegible] 2. §. [illegible] h. tit. hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti [illegible] ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari, neque confirmari posse, leg. penult. §. 1. Cod. de inst. subst. hæred. instit.

(3) Nec conditionem adjicere.) Hæredi pure instituto conditio codicillis adjici non potest. l. Dati [illegible] h. tit. quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, l. quidam, 27. §. ult. de cond. inst. Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu pure hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo.) Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, l. 1. de vulg. & pup. [illegible] directis verbis facta in codicillis substitutio ad [illegible] trahitur benigna interpretatione, l. Seia, 76. ad SC. Treb. In universum autem si constet, aliquem, qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa [illegible] verba [illegible] voluntate defuncti, [illegible] non sit, in vim [illegible] placet, perinde [illegible], ac si legitimus hæres rogatus esset [illegible] hæreditatem restituere, [illegible] & ibi Bart. [illegible] & alii, & in l. 7. de vulg. & pup. [illegible] [illegible].

TEXTUS.

Numerus & solemnitas.

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest: & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

COMMENTARIUS.

1 Cur plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli.
2 Codicillos nunc esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis: quod tamen non pertinet ad confirmatos testamento.
3 [illegible] in codicillis recte testis adhibeatur.

(1) Notantur hic & aliæ differentiæ inter testamentum, & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. [illegible] sup. de [illegible] Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. 2. [illegible] quib. mod. test. infir. Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, [illegible] 6. §. 1. h. tit. nec quicquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, leg. 3. Cod. eod.

(2) Nullam solemnitatem ordinationis.) Dictum, hoc e veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & [illegible] ex Marciano [illegible] l. 6. §. 1. h. tit. Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium absolvatur, & si in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat l. ult. §. ult. Cod. h. tit. Quæ [illegible] declarant, codicillos nunc omnino esse sine solemnitatibus & [illegible] ordinationis, [illegible] l. ult. Cod. [illegible] §. ult. [illegible] & [illegible] distinctio est inter solemnitatem ordinationis & probationis. Nam solemnitas omnis etiam in testamento non alia de causa requiritur, quam ut [illegible] de voluntate defuncti constare possit. Enimvero in codicillis testamento confirmatis non puto necesse ea adhiberi, quæ a Theodosio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum est, perinde habetur, ac si ipso testamento relictum esset, leg. 2. §. 2. hoc tit. ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, arg. l. asse, 77. de hær. inst. l. 10. de cond. instit. atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit. Vulgo placet posse, propterea quod non [illegible] in testamento, ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere. [illegible] & DD. comm. in [illegible] §. [illegible] h. tit. Gall. §. [illegible] quæst. [illegible] num. 4. Mynsing. Schneid. hic. Cæterum mihi non [illegible], [illegible] solemnes adhiberi mulieribus apud veteres [illegible] potuisse; & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantum testes codicillares a testamentariis distinguit. Recte ad ea, quæ scripsi ad §. [illegible], C. de sup. de [illegible] ord. Apud nos codicilli, item ut testamenta passim [illegible] fierent coram [illegible] & Tabellione, [illegible] & nomen testamentorum ac codicillorum fere confusum. D. Cor. [illegible] 31. [illegible] penult. Grot. 2. [illegible] 22. Groenevv. de legib. abrog. hic. VINN. Defendit Vinnii sententiam satis operose V. C. Reinold. in [illegible] cap. 5. Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat [illegible], quibus olim [illegible] testamenti [illegible] in comitiis [illegible], quia is [illegible] jure vetustissimo [illegible] erat [illegible], [illegible] novo [illegible] mancipatio hæreditatis. [illegible]. At codicilli erant epistolæ, ut [illegible]. Quis epistolis testes adhibet, [illegible] in iis solemnitatem requirit? [illegible] epistola, etiam non obsignata, dum de ea fide constaret, l. [illegible] 89. [illegible] de legat. 2. quia [illegible] voluntatis [illegible] ad

om-

omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur, *l.* 77. §. 23. *ff. col.* Teſtes ergo adhibebantur ab iis, qui nuncupative fidei committebant. Et ita intelligenda *l.* 22. *Cod. de fideicomm.* Poſtea etiam in ſcriptis codicillis inteſtatorum teſtium opus erat præſentia per *l.* 1. *C. Theod. de teſt. & codicill.* non ſolemnitatis cauſa, *ſed ut teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſerventur.* Ergo non ſolemnitatis cauſa adhibendi, ſed probationis cauſſa. Nec aliud voluit Theodoſius, dum in omnibus codicillis teſtes requiſivit, *l. ult. C. h. tit.* Atqui fœminarum teſtimonium fidem facit in iis, ubi ſolemnitatum deeſt ſcrupuloſa obſervatio, *l.* 20. §. 6. *ff. qui teſt. poſſ. l.* 18. *ff. de teſt.* Quare a teſtamentis ad codicillos collectio non procedit. HEIN.

FINIS LIBRI SECUNDI.

ARNOLDI VINNII JC.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS

JO: GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recensuit, & Præfationem Notulasque adjecit.

ACCEDUNT IN HAC NOVISSIMA EDITIONE

JUXTA EXEMPLAR LUGDUNENSE ADORNATA EJUSDEM VINNII

QUÆSTIONES JURIS SELECTÆ,

Et præmittitur ex Editione Veneta JACOBI GOTHOFREDI Historia & Bibliotheca Juris Civilis Romani.

Adjectis Indicibus locupletissimis.

TOMUS SECUNDUS.



VENETIIS,

EX TYPOGRAPHIA BALLEONIANA.

MDCCCIV.

SUPERIORUM PERMISSU AC PRIVILEGIIS.

INDEX
RUBRICARUM
SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

TOMUS SECUNDUS.

LIBER III.

TITULUS I.

INDEX RUBRICARUM SECUNDUM LIBRORUM ET TITULORUM ORDINEM.

TOMUS SECUNDUS.

LIBER III.

TITULUS I.

L I B E R IV.

TITULUS I.



A R-

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

D. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 55. & 58. *N.* 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem: Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis, propositis §. *ultim. supr. per quas pers. cuiq. acq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus solum tractavit, cujus semper prior & potior causa est, *leg.* 39. *de acqui. hæred. l.* 89. *de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *dict. l.* 130. *de verb. signif.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur a lege, & a lege sola absque voluntate defuncti: cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam a testatore confirmet dumtaxat, *dict. leg.* 130. Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, *l.* 3. §. 2. *pro soc. l.* 17. §. 1. *l. in plurium* 70. *leg. illud* 77. *de acquir. hæred. l.* 2. & *tot. tit. de suis & legit. hæred.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco; deinde de successione librorum, & demum *tit.* 8. Hoc autem titulo solum agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa successionis legitima prima semper ratio habita. Cum autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem testati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui scilicet hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. *penult.* commemoratur mutatio juris circa liberas adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & fœminis descendentium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit *Novell.* 118. in unoquoque ordine succedentium, suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patris, post explicationem tituli de *success. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut si ex eo nemo heres extiterit.

NOTÆ.

Intestatus decedit] Ex Ulpian. *leg.* 1. *de suis & legit.* Intestatorum hæreditates nomine legitimorum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediate a lege deferuntur, *leg.* 130. *de verb. signif.* Impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus* licet minus proprie refertur, *dict. leg.* 1.

COMMENTARIUS.

1. *An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum, pertineat?*
2. *Appellatione rupti quid hic significetur?*
3. *Quando successioni ab intestato locus testamento irrito facto?*
4. *De testamento destituto.*

(1) DEscriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l.* 1. *in pr. de suis & legit.* Ait, *qui aut omnino testamentum non fecit.* Testamentum non fecisse, atque ab intestato mortuus esse dicitur non solum is qui non fecit testamentum, cum facere potuerit; verum etiam is, qui cum civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *dict. leg.* 3. *in pr.* quamvis, si quis capture velit verbum *intestatus*, non videantur hi proprie dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantum genera successionum jus civile agnoscat; ex testamento, ab intestato; cui synonyma ex lege, impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habent; vox *intestatus*, ut forte minus proprie, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione privante, sed pro negatione, quæ a Philosophis negans dicitur. Adde, quod tametsi ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l.* 4. §. 3. *qui pot. in pign. l.* 9. *de reb. auct. jud. l. vel singulis* 37. *de vulg. & pup. l.* 6. *C. ad SC. Tertyll. l.* 10. *C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non est, quin recte sentiant, qui cum hæc. in *l.* 1. *de suis & legit.* statuta de successione intestatorum sequentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Consule Forster. *lib.* 3. *de hær. succ.* [illegible] 4.

Non recte [illegible] Puta quod legitimum numerum testium non adhibuerit, aut alias solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit: aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut non exhæredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *tit. de exhær. lib.*

(2) *Ruptum.*] Rumpi testamentum proprie dicitur, cum testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiatur. §. 1. *supr. quib. mod. test. infirm.* Ex duobus vero modis, quibus testamentum rumpi docemur, *leg.* 1. *de injust. rupt.* [illegible] *l.* §. 1. *cum seq.* unus tantum huc pertinet, agnatio sui hæredis; nam mutatione voluntatis ejus, qui aliud testamentum postea fecerit, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Nam mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti incideret, scripturam deleverit, cancellaverit, signa ademerit, intestatum eum facit, *tit. de his quæ in test. del. l.* 1. §. *penult. si tab. test. null. extab. l. penul. Cod. de test.* Rescisso quoque testamento per querelam inofficiosi paterfamil. intestatus fit: ac retrorsus perinde omnia habenda, ac si hæreditas nunquam adita esset, *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *de inoff. test. l. fam. l. ut liberis* 17. *C. de coll.* idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, *d. l. ut liberi.* 77. De quo forrassis alibi diligentius.

(3) *Irritumve factum*] Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatus est, quo modo fere accipi solet, cum opponitur testamento rupto, §. 4. & 5. *supr. quib. mod. test. infirm. l.* 12. *de injust. rupt.* non video quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam per capitis deminutionem testatoris, qualiscumque ea sit, non tantum irritum fit testamentum, quod antea factum est; sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus, atque ita decesserit non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio. Nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit, *leg.* 6. §. *penult. de injust. rupt.* itemque sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *leg. penult.* §. 2. *de bon. poss. sec. tab.* ut proinde, si verba, ut dictum est, stricte accipimus, unus tantum casus relinquatur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sane causa non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpian. *in d. l.* 1. *de suis & legit. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *supr. quib. mod. testam. infirm. l.* 9. *de test. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfamil. retrorsus intestatus decessisse intelligitur, *l.* 64. *de verb. signif.* [illegible] Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, §. 7. 8. *infra eod.* §. 2. *sup. de leg. Falcid. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnunquam etiam irritum dici, ut in *l. de injust. rupt. l.* 20. *cont. tab. l.* 50. *de man. test.* & tamen ab irrito, strictius accepto vocabulo, distinguitur in *d. leg.* 1. *de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. in transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur; & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam, quam videbimus in §. *cum autem* 7. *infr. eod.* & §. *proximus* 6. *tit. seq.*

TEX-

T E X T U S.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

NON repetitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quod, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decemviri, *arg.* §. 2. *sup. de hær. qual. & d. fi. l. 3. C. de suis & leg. lib.* & quidem mox immediate post legem testamentariam: quod mihi non obscure ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit.* 26. in hæc verba: *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrif. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis a Pomponio in *l.* 120. *de verb. sign.* *Uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto*, & plenius a Cic. *lib.* 6. *de invent.* & Cornificio *lib.* 1. *Retor. ad Heren.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, aperte ostendunt, proxime præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes duntaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum dicetur in sequentibus. VINN. Proprio capite & singulari lege de successione suorum egisse decemviros, non adeo expeditum est, idque merito negare videtur Gothofr. *ad Leg.* 12. *Tab.* 5. *p.* 204. *seqq.* Cæterum fundamentum totius successionis legitimæ a decemviris stabilitæ est conservatio gentium. Hinc est, quod quicumque non erant ejusdem gentis, ab hæreditate legitima excluderentur. Succedebant itaque sui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Post suos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto succedebat, quia particeps erat gentis & sacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc est, quod hæreditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS quasi quæ soli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. *ib. p.* 204. Conf. omnino Ill. Bynkersh. *Obs. lib.* 11. *cap.* 1. HEIN.

T E X T U S.

Qui sunt sui hæredes.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint: veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio natus prognatus prognatave. Nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundum Divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non et eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum in numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit; nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris deinceps liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, si vivo patri nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

N O T Æ.

2. *Divalium constitutionum*) *l.* 3. *l.* 4. *Cod. de nat. lib.* add. *Nov.* 89. *cap.* 2.

Nostræ amplexæ constitutionis) *l.* 10. *l.* 11. *Cod. de nat. lib.* §. *ult. de nupt.* add. *Nov.* 74. *Nov.* 86. *cap.* 8. Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *d. Nov.* 89. *cap.* 9.

Posthumi, &c. in potestate ejus) Addendum, si nemo eos gradu præcedat, §. *pen. sup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1. *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur?*
2. *Cessare hodie edictum de conjug. cum emanc. lib.*

HIC §. prolixus est, sed planus; continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maxime in §. *ult. supr. de nupt.* §. 2 *de exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Si hæredes ita a nobis, *d.* §. 1. *de hær. qual.* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, junct. §. 7. *inf. eod. l.* 6. *de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptisve) Ordo est, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*; hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, *l. familiæ* 196. §. 1. *de verb. signif.* Pertinent quidem huc ex novo jure, sed de eo nondum tempus est dicendi.

Nec interest, utrum naturales sint, an adoptivi) Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos, quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, qua naturales, non veteri solum jure,

 leg. 1.

leg. 1. §. 2. de suis & legit., sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptati sunt ab extraneo, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Sed de horum successione plura *inf. §. 13. & 14.*

Quibus connumerari, &c.) Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si curiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta; & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in potestate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis: cui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, *Nov. 74. & 89.* teste, quæ *supr. ad d. §. ult.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti) Cum constitutio Justiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, stricte a nonnullis accepta esset, quasi eo tantum casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant: Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expresse jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce sublati. Extat constitutio in *l. 11. de nat. lib.* Hinc apparet, mendose legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut ex Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitime nati sunt, exclusis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. vers. naturales.* [illegible] *1. feud. 9.* Schurf. ch. *de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72.* Hotom. *ad d. vers. naturales*, quamvis major pars Interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post Andr. de Isernia in *d. vers. naturales*. *Curt. tract. feud. p. 1. 2. memb. 3. p. princ. n. 41. Zas. de feud. p. 8.* D. Tulden. *comm. hic c. 13.* quo jure etiam nos utimur. Neostad. *c. 5. de feud. Holland. success. n. 79.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit. *Curt. d. loc. n. 39. Zas. d. l. Berchold. de feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum sub *§. ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve) Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit: in persona tamen nepotis & cæterorum descendentium sæpe contingit, ut in potestate sint ascendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedunt. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum a defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in suo ordine præcedat. Ideoque si nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse: tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi acquirit, [illegible] *§. 2.* [illegible] *§. 2. de hær. qual.* Differt autem [illegible] nepotibus & neptibus ex filio, omnibus [illegible] quod [illegible] familiam avi materni [illegible]. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, & ante agnatos admissi, *§. ult. inf. eod.* & plenissimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

Sive alia ratione, veluti emancipatione) Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur: verum filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec amplius locus sit edicto *de conjug. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de potestate patria exemit: quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus. *Nov. 8. cap. 2.*

Posthumi quoque) Posthumi, qui vivo parente nati in ejus fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, *§. pen. de tutel.* sicut & in aliis fere omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur; quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de stat. hom.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup. §. 1. & seq. de exhær. lib. & §. posthumo 36. de legat.*

TEXTUS.

Quomodo sui hæredes fiunt?

1\. *Sui autem hæredes fiunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere: quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim a morte parentis quasi continuatur dominium: & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas; nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.*

NOTÆ.

3\. *Etiam ignorantes*) Nimirum quia ipso jure, *l. 14. de suis & legit.* [illegible] *§. 7. si quis omis. c. test.* cujus rei effectum cernere est in *l. 3. C. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum Prætoris beneficio jus abstinendi habent, *§. 2. sup. de hær. qual.*

Continuatur dominium) *l. 11. de lib. & posthum.* vid. *sup. d. §. 2. de hær. qual.* non tamen possessio, *l. 23. de acq. poss.* facit *l. 19. ex quibus ca.*

COMMENTARIUS.

2\. *An uti dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continuetur.*

HOC quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt *§. 2. de hær. qual.* Ait *ignorantes*. Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredes fiunt: & ideo, non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *leg. 14. de suis & leg. hær.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes, atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscumque hæredes transmittit, *l. 3. Cod. de jur. delib.* Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *dict. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *dict. §. 2. & 14.*

& tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non est sine hærede, qui suum hæredem habet: licet abstinentem se, *l. cum quasi* 30. §. *sed etsi* 10. *de fideicomm. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi) *l. furiosus* 63. *de acquir. hæred. leg. ult.* §. 2. *Cod. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l.* 12. *de reb. cred. l.* 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul. *apud Russinum tit. de legit. success.*

A morte parentum continuatur dominium) Suis non tam acquiritur hæreditas, quam dominium continuatur, *l.* 11. *de lib. & post.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suus hæres patri vivo quasi cohæres, & communium bonorum socius est, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, tunc plenius habere incipit, *dict. l.* 11. *d.* §. *de hæred. qual.* cumque ipso mortis momento statim heres existit, *l.* 7. §. *qui sunt* 7. *si quis om. ca. test*, jacere hæreditas numquam dici potest: pulcherrime Hotom. 9. *observ.* 10. Ceterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & possessio, suis hæredibus continuatur: quoniam possessio, cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l.* 1. §. 3. *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *de acquir. poss. l.* 19. *ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *l. cum hærede* 23. *de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos hæredes. Nam utut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari valde absurdum est. Immo eamdem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles* 30. *ex quib. ca. maj.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ab hærede: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *leg.* 25. *de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio numquam interrupta videatur, *leg. numquam* 31. §. *pen. dict. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio a defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *leg. ceptam* 40. *de usucap.* Illud nimis jejunium est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum *leg. a Titio* 64. *de furt. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. am.* add. Vigil. *ad dict.* §. 2. *hær. qual.* Gail. 2. *observ.* 129. Mynf. 3. *observ.* 38. Ant. Fab. *Cod. suo de inoff. testam. defin.* 4. Christ. *vol.* 2. *dec.* 27. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif.* Tiraquel. *in isto tract.* Chassan. *de success. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur possessio ad hæredes non transeat, redditur in *l.* 1. §. 15. *ff. si quis testam. liber. esse just.* quia videlicet ea tantum, quæ hæreditatis sunt, in hæredem transfunditur: possessio autem hæreditatis esse negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate) Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur: quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l.* 9. *l. pupillum* 49. *de acquir. hæred.* etiamsi perspicue lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l.* 9. §. *de auct. tut.* §. 1. *sup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *l. servo* 65. §. 3. *ad SC. Trebel. leg.* 18. *Cod. de jur. deliber.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furioso) Immo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cum per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit bonorum possessionem nomine furiosi cognoscere, *leg.* 1. *de bon. poss. fur.* immo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ultim.* §. 3. *SC. de cur. fur.*

T E X T U S.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. *Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit) Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus, nulla hic exceptio est; nam cum postliminium fingit, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse; secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator excipiendo spectat rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæreditati obligatur: quamvis suus hæres dici non possit (ut ait Jurisconsultus, *l.* 12. *qui test. fac.*) qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ finit, captum ipso momento captivitatis moriturum, & in civitate.

Jus enim postliminii) Impp. Diocle. & Maxim id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l.* 9. *C. de postlim. rev.* sed abusio est nominum legis Corneliæ pro jure postliminii: nisi sit, ἁμάρτημα μνημονικόν.

T E X T U S.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore; tamen suus hæres non fiat: veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat:* *sed*

sed potest dici, ipso quidem jure suum hæredem esse, sed desinere.

COMMENTARIUS.

CAsus superioris contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximam in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur, quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit: & quomodo & Ulpian. hoc extulit, *l.* 1. §. 3. *de suis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius suus hæres excluditur, fisco prælato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam*. Basil. 45. tit. 1. ἐπὶ προδοσίᾳ καταδίκη.

Post mortem) Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio capta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accusat. mort.* Quid intersit crimen majestatis & perduellionis, demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata) Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quam persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, *l. ex judiciorum* 20. *de accus. leg. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam, quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem esse, sed desinere) Patre mortis suæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse, cum, ut dictum est, statim a tempore mortis hæreditas suis hæredibus acquiratur: sed quia tempus sententiæ & secutæ postea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit, ut jus suitatis extinguatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, & jam a die contracti criminis desiisset esse in potestate, *argum. l.* 14. *leg. donationes* 31. §. *ultim. de donat. l. ult. ad leg. Jul. maj.*

TEXTUS.

De Divisione hæreditatis inter suos hæredes.

§. 6. *Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesve in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio, & ex nepote pronepos proneptisve simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere?*
2. *Successionis in stirpes jure veteri usum tantum inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3 *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa?*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5 *Illustratur aliis quibusdam exemplis.*
6 *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam ercisci.*

LOcus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum, Descriptus autem est ex Cajo *lib.* 3. *Inst.* apud Rufin. *tit. de legit. success.* (1) Omnis ab intestato successio aut est in capita, aut in stirpes. In capita, κατὰ κεφαλὰς succedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium; in stirpes, κατὰ σπέρμα, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram, Capita sunt personæ, unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum, nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. (2) Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descendentium solus usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l.* 1. §. 4. *de suis & legit. hæred. l.* 2. *l.* 3. *C. eod. l.* 8 *quoniam* 8. *ff. de inoff. test.* Ulp. *tit.* 26. §. 1. Cajus *lib.* 2. *tit.* 8. §. 2. Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l.* 11. *de lib. & posth.* §. 2. *sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατὰ πρόληψιν: quodque hinc filio e familia patris sublato, statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d. l.* 1. §. 4. *de suis & legit.* §. 2. *sup. de exhær. lib. l.* 13. *de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per partem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur quam parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, *dict. leg.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. testam. dict. l.* 2. *Cod. de suis & legit. lib.* Cæterum postquam exemplo suorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata, placuit & hic quoque eamdem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi, & inferiorum graduum servari. §. *ultim. sub. fin. leg.* 9. *Cod. de suis & legib. Nov. ll.* 118. *cap.* 1. In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fra-

cti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. *cap.* 3.

Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit) Quam tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure præsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *leg.* 3. *Cod. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve) Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l.* 1. §. *liberos* 7. *de conj. cum emanc. lib.* *Nov.* 118. *c.* 1. Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quam exemplis, quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est Interpretum nostrorum sententia, vid. Gomez. 1. *var. resolut. cap.* 1. *n.* 15. Schrad. *de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 41.

In parentis sui locum succedere) Ratio successionis in stirpes: quæ modo a nobis fuse explicata est. Ait, *ex altero filio duo pluresve*: quare & si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes, habebit. Quod si plures sint filii, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quam nepotes in locum parentum succedere, *l.* 1. §. *non minus* 5. *de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes) Exemplum simplicis successionis in stirpes, cum soli sint nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maxime est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur, tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis, & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de suis & legis hæred.* Quare sic in universum recte definies, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

T E X T U S.

Quo tempore suitatis spectatur?

7. *Cum autem quæritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem jure testamento decessisse: quod accidet & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit; hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet, quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos, & hoc certum est.*

N O T Æ.

7. *Destituto testamento*) Eo quod nemo hæres eo extiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l.* 1. *de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo suus hæres) Nec obstat, quod filius patri superstes fuit, filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato *d. l.* 1. §. 6. *de suis & leg.* junct. *l.* 39. *de acquir. hær.*

C O M M E N T A R I U S.

1 & 3. *Quando quæstioni propositæ locus?*
2. *Plura exempla huc pertinentia.*
3. *Removentur quæ hic objici posse videntur.*

ETsi certum est, in causa successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab intestato hæreditatis. Enimvero hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis a tempore delatæ hæreditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum: nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti, hoc est, cum irritum constituitur testamentum, quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest, *leg. quamdiu* 39. *de acquir. hæred.* hic jam tractationi propositæ locus fit, utrum cum quæritur, an ut quis tamquam suus hæres succedere possit; inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato deferri, seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse; nemini nemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l.* 1. §. *sciendum* 8 *de suis & leg.* *l.* 6. *in princ. vers. plane de injust. rupt.* *leg.* 7. *unde lib. & hæc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfamil. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exhæredati mortem contingat institutum hæredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *dict. leg.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & leg.* & Papin. *dict. leg.* 7. *unde liber.* Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, ex-

traneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpian. *dict. l.* 1. §. *sciendum* 8. etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas, §. *proximus 6. seq. titul.*

Quod accidit & destitut. testamento) Id est, cum ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfamilias tam intestatum facit, quam si aut nullo facto testamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem ejus rupto decessisset, *sup. in pr. eod. dict. leg.* 1. *de suis & leg. hær. l.* 1. *de inj. rupt. test.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo) 3 Ait *exhæredatus*; nam ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exhæredatum eum nominatim esse oportet, *l. prop. 30. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in princ.* Ait *filio mortuo*, deliberante forte hærede instituto, *d. l.* 1. §. *sciendum* §. *de suis & leg. hær. d. l.* 7. *unde liberi*. Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *l. filium 20. de lib. & post. eod. tit.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & recte; alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi: Vid. nostra ad §. *non solum* 4. *sup. de pup. subst.*

Aut quia non potuit) Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cum sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Ab eunte igitur extraneo, manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existit) Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus avo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas; quæ ratio redditur in *d. l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.* significatur in *l.* 4. *princ. vers. plane de inoff. rupt. & dict. l.* 7. *unde lib.* (4) ac simul removetur, quod objici poterat, quanquam ejusdem potestatis sit, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d. l.* 1. §. *sciendum* 8. An jure civili [illegible] in [illegible] locus sit edicto successorio, [illegible] & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur a Bart. Bald. Salic. Castr. *in l.* 3. *C. unde liberi*.

TEXTUS.

De nato post mortem avi, vel adoptato filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Plane si conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem cum non sint sui quantum ad hæreditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, aut nepos non rumpat?*
2 *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare?*
3 *De adoptato a filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto, & nato post mortem avi.*

(1) POst *mortem avi natus, tamen vivo conceptus*). Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quamdam continens ampliationem; nempe si quis filio exhæredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *leg.* 7. *l. sen. de stat. hom. leg.* 7. *de suis & legit.* placet, hunc nepotem, licet natum post avi mortem, non minus quam si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare nepoti filium, quam in casu præcedenti, propter eamdem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur vero hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc fere modum Jurisconsultus in *leg.* 6 *princ. vers. plane de injust. rupt.*

Plane si & conceptus & natus) (2) Quod dictum est §. *præced.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus, cum Ulpian. in *l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & leg.* de nepote vero concepto post avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem, quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse cum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissime traditur. Sed de eo videbimus postea.

Quem filius emancipatus adoptavit, Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *leg.* 26. *de adopt.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantum, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l.* 23. *eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato, non posse adoptivum illum vel tanquam suum, vel tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiquali similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

Cum non sint sui) Vocem *suus* delendam esse Contius & Hotomannus existimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem esse, nedum liberos. Sed non placet nimia illa scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur vero vox illa retineri non posset? Per occasionem duntaxat, ut probet, suos non esse, ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex proposito de suis hæredibus instituta est, ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

Quan

Quantum ad hæreditatem) Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, caulis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur: & sunt sane sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt, *leg.* 1. §. *pen. de suis & leg.* Quod succedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus* 47. §. 3. *de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusim acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3.

Neque bonorum possessionem possit quasi proximi cognati) Sicut is, qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tanquam suus hæres; ita nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia ut lex duodecim Tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo est conceptus; ita Prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncti mortis tempore cognati fuerunt, *leg.* 6. *cum duobus seqq. de suis & legit. leg.* 6. *in princ. vers. plane de inoff. testam. leg.* 1. §. *si quis* 8. *unde cogn.* Quare quod dictum supra est, nepotem qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore ex saeculo, aut testamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, saltim jus succedendi habuisse, quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, id Julianus scribit non proprie, sed per abusionem, vel potius ἀπὸ φιλαγίας accidere, *leg.* 8. *de suis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, hunc etiam posse hinc nepotem suo jure succedere, ex *Novell.* 118. *cap.* 1. sed contraria Joannis sententia pluribus probata est, testibus Joann. Fab. & Angel. *hic*. Sane *dict. Novell.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote, qua tantum tollitur differentia sexus, gradus, & potestatis, add. Bach. in Threut: *vol.* 2. *disput.* 16. *thes.* 1. D. Tulden. *in tit. Cod. de suis & legit. num.* 4. *& d. cap.* 4. *ad hunc tit.* ubi tamen fatendum esse ait, propositioni Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem naturæ redigere studet, maxime consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit: ceterum cum id expresse non fecerit, hujusmodi casu eveniente opus esse remedio principali per *leg.* 2. *de tib. eor. qui sub tut.* VINN. Potest tamen nepos, etiam post avi mortem conceptus & editus, bonorum possessionem contra tabulas liberi aviti petere, quia licet non sit avo agnatus, est tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus successionem vocatur, *leg.* 47. §. *pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad h.* §. HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse desierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim Tabularum vocantur. Sed Prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum possessionem unde liberi, perinde, ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent; sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant. Itaque ductus liberis existentibus, emancipato uno, & eo qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is, qui in potestate fuit, solus iure civili hæres est, & solus suus hæres; si enim emancipatus, beneficio Prætoris, in partem admittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.*

NOTÆ.

9. *Jure civili nihil juris*) Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, *leg.* 11. *de suis & legit. l.* 1. §. 8. *ad SC. Tertyll. leg.* 7. *de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus) Quia nihilominus liberi manent, ob naturæ vinculum & jus sanguinis, *l.* 4. *unde lib.* & maxime quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

Bonorum possessionem unde liberi) *d. l.* 4. *& pass. unde liberi*. Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab. §. 3. *sup. de exhær. lib.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua ratione motus, & quo colore, Prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi?*

(1) Liberis emancipatis contingit capitis deminutio per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut late docetur *lib.* 1. Proinde cum nec sui hæredes sint, qui in potestate esse desierint, nec agnati propter mutationem familiæ: vetus legitima hæreditas, quæ lege duodecim Tabularum suis dumtaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l.* 11. *de suis & leg. l.* 1. §. *cap.* 8. *ad SC. Tertyll. l.* 7. *de cap. minus*. Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l.* 4. *unde lib. l.* 8. *de reg. jur.* & maxime quia nihilominus verum est, ex masculis eos esse procreatos, Prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus *l.* 6. §. 2. *in fin. de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti eadem ratione adductus Prætor, quod jus civile in suis tantum hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. *emancipatos* 3. *sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio iure) Lex duodecim Tabularum ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure a lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis, eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *infr. de succ. libert.* ac proinde nodum in scripto quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim Tabul.* legendum existimat *præter legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi) *L.* 4. *& passim si tab. test. nul. ext. l. unde liberi* §. 8. *inf. de bonor. poss.* Cæterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l.* 20. §. 2. *cont. tab. l.* 9. *l.* 18. *Cod. de collat.* Ulpian. *lib.* 2. *instit. apud* Rufin. *tit. de legit. success.* Unde liberi autem dicimus præcise, pro

pro ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio *unde legitimi*, item *unde cognati*, & *unde vir & uxor dict. §. 1. & seq. infr. de bon. poss.*

In partem admittitur) Dimidiam scilicet; *εις τὸ ἥμισυ*. Theop. Nam emancipati apud Prætorem sunt loco suorum hæredum, *titul. seq. in princ. d. §. 1. de bon. poss.* Et expresse scribit Justinianus *leg. ult. §. 1. Cod. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione a Prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d. §. 1. de bon. poss. leg. 1. §. 6. unde liberi*. Jure novissimo etiam jure civili, emancipati succedunt, *Novell. 118. cap. 1.*

TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati a parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi: si modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.*

NOTÆ.

10. *Non admittuntur*) Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *leg. pen. Cod. de adoption.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt?*

2 *Cur ab adrogatore emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, secus si post mortem ejus? & quid hic respectu patris adoptivi?*

(1) QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio Prætoris vocari ad bonorum possessionem unde liberi, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui a patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi. Fac. *leg. ult. unde liberi*. Deinde non pertinere omnino ad emancipatos a patre adoptivo, cum de illius successione quæritur: quæ mox *seqq. §§.* plenius declarantur.

In adoptionem) Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur, quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, *§. 1. sup. de adopt.*

Non admittuntur) *L. 4. unde liberi*. Etenim Prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Ad hæc Prætor emancipatos vocat inter suos hæredes, & tanquam suos, *tit. seq. in princ. l. 6. §. de honor. poss.* ratio autem non patitur, ut quis jus sui hæredis habeat in duabus familiis.

Quasi liberi) Id est, ex ea edicti parte, qua Prætor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expressit, quia etsi non admittantur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia scilicet vocantur cognati, *§. admonendi 13. inf.* Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

(2) *Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*) Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, Prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, *leg. 4. unde lib.* scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & a patris naturalis successione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco) Jura enim adoptionis in totum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati a patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, *l. 1. §. liberos 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objectus 13. ad Tertyll.* denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita a Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, *l. quin etiam 55. de rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis) In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis, interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio Prætoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, *§. 13. infr. eod.*

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi) Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur, ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberi ne, an agnati; quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet, *leg. illa institutio 32. de hæred. instit.* Sed longius ista *ἀναλογία* petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæsita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt, postquam a patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati a patre adoptivo.

TEX-

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

12. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio Prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & a Prætore non admittuntur: & recte. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filii filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.*

COMMENTARIUS.

HIC locus continet antithesim liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præced.* 9. & 10. Summa hæc est: liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure Prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec a Prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura: hi plane extranei fiunt, jusque & nomem liberorum adoptione quæsitum emancipatione perdunt, *l.* 1. §. *liberos* 6. *l.* 4. *unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura permittere*, &c. plenissime a nobis explicata est sub §. *ult. de leg. agn. tut.* & §. *pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis, Prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat Prætor ad eamdem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit: quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

NOTÆ.

12. *Et in ea bonorum possessione*) Non solum scil. in causa successionis ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos) Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l.* 1. *princ. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi, & suis emancipatis pariter proposita, *d.* 1. §. 6. *unde lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quam admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.*

PRætor non tantum in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis) Non enim quævis exhæredatio summovet liberos a bonorum possessione contra tabulas, sed quæ rite facta est: quæ vitiose, pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. contr. tab.* §. 3. *supr. de exhær. lib.* Incaute Div. Tuldenus *infra tit. de bon. possess. cap.* 5. pro *non recte* ait *vitiose*, dixit, *inique*. Nam qui dicunt *inique* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filii scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit Prætor institui, aut exhæredari etiam mancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos* 3. *supr. de exhær. lib.*

(2) *Eos qui in potestate*) Sive naturales, sive adoptivos, *l.* 1. *in princ. contr. tab.* Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant, eadem tamen & in potestate constitutis, sive suis hæredibus proposita, si neque instituti, neque exhæredati sunt, *d.l.* 1. *in princ.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, *l.* 1. *de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, fac. *l.* 2. *Cod. eod. tit.*

(3) *Vocat ad eamdem possess.*) Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii a similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l.* 1. *in prin.* junct. §. *contr. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eamdem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul. a pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis a patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi, quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *de bon. poss. contr. tab.*

Ita longe minus contra tab.) Ἀνταλλακτικῶς a minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum; illud enim minus est, hoc majus propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cum iis, qui adoptati sint ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: ta-

men testamento facto præterierit, aut exhæredatos a successione in totum repellit, d. l. pen. C. de adopt. §. sed ea 14. infr. hoc tit.

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, quoad cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent; neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim Prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*) Neque ex capite altero unde legitimi. Illud, quia alium patrem jure civili habent, hoc, quia desierent esse adgnati.

Qua cognati) Etenim naturale jus cognationis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, leg. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. supr. de leg. agn. tut.

Neque agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit, leg. 1. quis ord. in bonis possess. infr. de success. cogn. in princ. Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. agnationis & cognationis discrimine, Novell. 118. cap. 3. & 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ab adrogatore emancipati post mortem patris naturalis admittuntur ut liberi?*
2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

DEclarat hic Imperator, quomodo accipiendum quod dictum est, liberos, qui emancipati a patre naturali se in adoptionem dederant, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt, ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, ita ut eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. (1) Cujus rei ratio hæc est, quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinant; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. seq. de leg. agn. tut. Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum a Prætore habentur, cum utrumque nomen æque naturale sit? Quia ab edicto Prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent cui sunt sui hæredes jure civili: Nam sciendum est, emancipatos a Prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, tit. seq. in princ. proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. (2) Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; Nov. 118. cap. 3. & 4. consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferri.

Post mortem naturalis parentis) Minime mirum, nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem, ut disseruimus sup. §. 10.

Nec agnatus ullus) Nam Prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepofuit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur Prætor dedisse jure civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

Ante enim Prætor liberos, &c. Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos Prætorem fecisse legimus. Primus ordo est liberorum, sive sui hæredes sint, sive emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admitti adgnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus adgnatis, l. 1. §. 1. unde lib. 1. in pr. quib. ord. in bon. poss.

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt, aliquam autem emendationem a nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, quæ a patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solito more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta, nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hæreditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, nec inofficiosi querela instituta, cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure, tam naturali, quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptioni servamus, quemadmodum, si paterfamilias sese dederit adrogandum, quæ specialiter & singulatim ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.*

NO-

NOTÆ.

14. *Nostra constitutione*) *L. penult. Cod. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §.2. *supr. de adopt.* §.8. *quib. mod. jus patr. pot.* §.5. *supr. de exh. lib.* §. 1. *supr. quib. mod. test. infir.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.) Et tamquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei succedit: quia jura legitima in familia ejus non consequitur, *dict. l.pen.* §.1. Non obloquitur sibi Justin. cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d. l.pen.* §.2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto) Hinc apparet, minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quam aut testamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus) Ita quoque legitur in *d.leg pen.* §.3. *C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum; add. Cuj. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ mutatio & quam ob causam circa successionem adoptivorum facta a Justiniano?*
2 *Notatur Bachovii oscitatio.*
3 *Collectiones Tribomani minime necessariæ.*
4 *Salviniano Senatusconsulto quid cautum?*
5 *Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod a Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l.pen. Cod. de adopt.* & de quo actum *supr. de adopt.* §.2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verum etiam qui filiifam. a patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii a patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum,) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune a patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno, puta aut nepos post emancipationem patris conceptus & eli[illegible] avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine u[illegible] innovatione.

Qui invenimus nonnullos casus) Usus videtur plurali numero pro singulari. Nam unus duntaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videlicet si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d.l. pen.*

Ut possit ab intestato) Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus diserte hactenus ei tribuitur, *d. l. pen.* §.1. *fin.* Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est & tantum non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus, hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia, *dict. leg.pen.* §.1. Quamobrem vix scio, quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov.* 118. *cap.* 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis: quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeat, &c. Non puto Bachovium tam profunde somniasse, ut quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. cap.*3. quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres, ex *dict. Nov. cap.* 3. non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberi extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio) Olim liberi adoptivi, omnes, qui transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsiti, hæredes instituti aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure Prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere; exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *supr. de exhær. lib. l.* 1. *in princ. contr. tab.* §. 2. *supr. de inoffic. testam.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex dicta constitutione impune hi præteriri, vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili, sive prætorio adversus testamentum adjuvantur, *d. leg. pen. Cod. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l.pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo) (3) Non satis bona collectio: Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater, nec avus maternus liberos, nec liberis parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est. Non est mihi naturali vinculo copulatus: ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quo tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fine hujus* §.

Ex Salviniano Senatusconsulto ex tribus maribus) Quo Senatusconsulto, quantum ex hoc loco conjicere est, cau-

cautum fuit, ut qui unum e tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *leg. ult. Cod. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui de trio esset, in senatum maximum legendum curaret, ei curiæ liberationem pareret; quod referendum inter privilegia *tres maribus*. Meminit quod hujus Senatusconsulti Justinianus in *d. l. pr.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. substituunt *tribus manumissis*, ut Alciat. 4. *parerg.* 3. *tribus mancipationibus*, ut Ræward. c.6. *de auct. prud.* Add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

5 *Prisiina jura tali adoptioni servamus*) Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cesset metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque partis successione aliquando excludatur: qui sensus est *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis plane nunc exolevit: neque enim adoptati aut suorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumnis sunt; ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: vide quæ *supr. tit. de adopt.*

T E X T U S.

De descendentibus ex fœminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ, sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt, talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere; sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex fœminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum vel neptium, vel deinceps, de quibus supra diximus, paulo minuendam esse existimaverunt: ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia fuerat acceptura*, vel pater eorum vel avus paternus, *sive maternus; quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat; ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem a nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sancimus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus vel inter omnes nepotes & neptes, & alias deinceps personas, ex utraque progenie: matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequantur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.*

N O T Æ.

35 *Item vetustas*) Intelligit tam legem 12. Tabularum jus Prætorium: nam & Prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine post lineam agnatorum.

Quam mater eorum) Ex. caus. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. Tab. aut si emancipatus est, suffragatione juris Prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepos trientem reliquum, idest, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

Vel avia) Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum) Adde vel mater v. c. Titia decessit, relicto filio aut filia & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filiæ suffragatur SC. Orficianum *infr. t.* 4. *pr.* & §. 2. nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem substantiæ) Hanc quartam agnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quasi quandam Falcidiam vocant.

Sed in stirpes) Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

Sine ulla deminutione) Quartæ scilicet agnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio, *Nov.* 118. *c.* 1.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Qui descendentium lege* 12. *Tab. & a Prætore ad successionem intestati vocentur.*
2 *Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur?*
3 *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per* l. 4. C. Theod. de leg. hær. *veteri jure derogatum.*
4 *Quid insuper de ratione, quod adjectum constitutione Justinian.* l. ult. C. de sui & leg. lib.
5 *Contumeliæ & Mynsingeri error.*

(1 HÆC pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differen-

rentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum & postremo Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, a paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas) Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus Prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim Tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynsing. Cantiuncul. & Giphanius. Etenim palam est lege duodecim Tabularum ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos vero qui tantum cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solum successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate: & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget, *l. 195. §. ult. de verb. signif.* non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantum a filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique Prætor emancipatos duntaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem: hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ) In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege duodecim Tabularum habent, quam habent in successionem avi proavive, aviæ proaviæve maternorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat, nec a Prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ neptibus *instr. t.4.* & ideo recte ait, nepotes pronepotesve aviæ & proaviæ ad successionem a Prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.) Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l. 4. Cod. Theod. de legit. hæred.* quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit Justinianus, *l. 9. C. de suis & legit. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in totam naturam: quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l. 4. Cod. de lib. præt.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti sunt conveniens. Quarum tamen rationum, si libere dicendum est, altera vera non videtur, altera minime sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam jure gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, date operam, ut fartæ tectæ familiæ conserventur: non potest a ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaicis, *Num. 27. 8.* Vid. Philon. *de vit. Mos. 3.* Hinc jam sponte intelligitur quam ficulneum argumentum sit alterum, quod a communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eumdem ordinem & gradum successionis) Donaverunt Imperatores eumdem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim Tabularum, & qui vocantur a Prætore: hoc est, voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quam prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege duodecim tabularum, & liberi emancipati ex edicto Prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis: in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquando memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniuntur) Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos duntaxat hæredes ad hæreditatem vocabat, tum edictum Prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati; & denique SCtum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte) Quamvis prædicti Principes nepotes neptesque ex sexu fœmineo descendentes cum his, a quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint: noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquando plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos consequi, *d. l. 9. C. de suis & leg.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quia mater eorum vel avia) Casus pertinens ad successionem adscendentium marium, cum defunctus descendentium unius pater, avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus sit: de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. Tabb. aut si emancipatus est, suffragio juris Prætorii, bessem hæreditatis ex d. consti-

ftitutirae ferret, nepotes trientem reliquum: id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divideret. Jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur: alter semis auctus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus, sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditalis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quam hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id, quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantum de descendentibus ex masculis, quos solos dixit a veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex fœmineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse a Divis Principibus: cum deminutione tamen tertiæ partis propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi, ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii scilicet & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *l.4. infr. in princ. & §.1.* Sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cujus jam sæpe facta mentio: admissi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, idest SCto Orficiano.

Pater eorum Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis. Senatusconsultum Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave: ita tamen, uti pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram partem eorum, vel matri superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus) Casus, quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*, nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes proneptesve in totum a successione proaviæ repelluntur a Senatusconsulto: a Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: ceterum cum deminutione illa, quam diximus, patris aviæ: quod datum honori Senatus, ut scilicet tertia minus consequantur, quam habituri fuissent aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito: si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? recte nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cum nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proavi, sive legem antiquam consideres, sive edictum Prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium quo nomine tantum detractio illa a Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minime vocabant) Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum a Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat: sed non admissi soli & in solidum ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice Theodosiano *l.4. de leg. hæred.* agnatos non penitus excludi, nec priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore cum mortua avia aut proavia sola reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est, quod in dicta constitutione legimus, agnatos in rebus propositis in quamdam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Ceterum hæc pars dictæ constitutioni detracta est a Triboniano inferente eam Codici Justinianæo, *l.9. C. de suis & leg.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim Tabularum, &c. ita principalis dispositio, &c.) Dicendum erat, quemadmodum lex duodecim Tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant; ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipati, quos præterea admittit Prætor: & quemadmodum SCtum Orficianum filios tantum & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ, sive paternæ, sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus; sed & in hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

Cum

(4) *Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.*) Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constituti ne Justiniani. *l. ult. Cod. de suis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expresse *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *eujusdam*) quæ est *d. leg.* 4. nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, sed hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. Cod. de suis & legit. liber.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codice inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utrique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer. *d. l. 4. Theod. de legit. hæred.* cum *l. 9. Cod. Justin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum sustulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores) Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes) Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepote nepteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu: non est sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Et utraque progenies matris vel patris &c.) Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi, aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum; sed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ, sive maternæ, & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, salvo liberis primi gradus si cum his concurrant: jure deducendæ tertiæ partis.

(5) *Sine ulla deminutione*) Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianus, pater tum ex sæpe memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis; qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertio deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet *leg. ult. Cod. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Novell. 119. cap. 1.* de quo accuratius *infr. tit. 5.*

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA AGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. Cod. Lib. 6. Tit. 58.

Continuatio, & argumentum tituli.

HUcusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes sive liberi, ex lege duodecim Tabularum soli hæredes, §. *1. tit. præc.* ex jure Prætorio etiam emancipati, §. *9. eod.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ultim. eod.* Sequitur secundus, qui agnatorum fuit: insistit enim Imperator vestigiis legis duodecim tab., qua nemo ex adscendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii: quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure pupilli, *l. 2. de castr. pecul.* sit emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec Prætor patrem qua patrem vocat ante ordinem cognatorum, *leg. 10. de suis & legit.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *dict. leg. 19.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratio extranea; & ideo a Prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De senatusconsulto Tertylliano videbimus *titul. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium, tum adoptivorum: mox docetur qui ex his, & quomodo succedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

T E X T U S.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes Prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur; tunc ex lege duodecim Tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

N O T Æ.

Quot Prætor vel constitutiones) Scilicet liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos Prætor, hos constitutiones vocant, §. *9. & ult. tit. præc.*

COMMENTARIUS.

EXistat) Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est, puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut defuncti filius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest, *l. pen. §. 1. unde legit. fat. t. 2. in princ. de suis & legit.* Ulpian. *tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim Tabul. ad agnatum proximum) Dictum hoc paulo crassius. Nam lex duodecim Tabu-

Tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt vere sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: at quibus his non extantibus, statim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum a Prætore, tum constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis, lex duodecim tabularum, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum) In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus quæritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis sive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim tabul. §. 5. *infr. hoc tit. l. 2. §. 3. de suis & legit.* in duodecim: *adgnatus proximus familiam habeto.*

TEXTUS.

De adgnatis naturalibus.

1. *Sunt autem adgnati, (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi a patre cognati. Itaque ex eodem patre nati fratres adgnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur. nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hæreditatem; sed iis, qui tunc proximiore gradu sunt, cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*) *supr. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

Per virilis sexus person. conjuncti) Supple, *nec capite minuti*, §. *ult. supr. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 2. de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissime iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres, ὁμοπάτριοι *l. 2. princ. de suis & legit.*

COMMENTARIUS.

1. *Modestini locus in l. 5. unde legit. expositus.*
2. *Quot modis nomen agnatorum usurpetur?*
3. *Qui nostri consanguinei, & unde sic appellentur?*
4. *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

COgnati per virilis sexus personas) Eodem modo definit adgnatos, *lib. 1. tit. d. leg. agn. tut. & JC. l. c. ult. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest quod inter genus & speciem, ut ait Paul. *d. l. ult. §. 4. de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjuncti sunt *d. l. ult. §. 2.* vel capitis diminutione jus agnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio nomine designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit, quod in aliis quoque nominibus sæpe usuvenit, ut notavimus *sup. de adopt.* §. 1. eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. (1) Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum considerans essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota vero speciei essentia non est in genere: siquidem, ut Porphyrius *cap. 4.* scribit, διαφορὰ ἴσα, πλεῖον ἐν παντὶ τοῦ γένους & ibid. γένος δυνάμει μετὰ πάσας ἔχει τὰς ὑπ' αὐτὸ διαφορὰς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν, (2) Adgnatorum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ult. §. 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, *l. 12. de suis & legit.* Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissime appellari, qui fratres sequuntur, *leg. 2. in princ. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. lib. 6. §. 1. ad SC. Tertyll.* quam distinctionem media peperit jurisprudentia. VINN. Addenda & illa significatio, qua *agnati* distinguuntur, a *gentilibus*, quos post agnatos tertio loco admittebant duodecim Tabulæ. Unde *apud Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebant ergo primo domus, dein familia, postremo gens. *Agnati* ergo sunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente sunt, vel, ut Cicero *in Top. cap. 6.* definit, *qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorem nemo servitutem servivit, qui capite non sunt deminuti*. Sic ex. gr. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter se erant agnati, omnes Domitii, ex utroque familia gentiles, modo essent ingenui, nec capitis deminutionem passi. Unde *gentiles* erant ejusdem *nominis*, ut est apud Festum in voce *Gentilis*; *agnati* ejusdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in usu erant. *Pariat. LL. Mos. & Roman. ibid.* HEIN.

(3) *Qui & consanguinei vocantur*) Fratres ὁμοπάτρεοι, id est, ex eodem patre nati consanguinei nostri dicuntur. Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. leg. 3. C. de leg. tut. leg. 1. l. 6. C. de legit. hæred.* Hinc Virgilius *6. Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus ξ. *Iliad.* κασίγνητον θανάτοιο, Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι Sophocles *in Ajac.* τὸ τῆ μανέντος συναίμον ἐπιπλαχθέντος, *fratrem furosi vocantes*. Ita consanguineum interpretaberis, *leg. 1. §. post suos 9. l. 2. in princ. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad SC. Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 1. C. de legit. hær.* Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. leg. 1. §. pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpe significatur: ut in *leg. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Necesse igitur est, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse; fortassis quia hi eumdem sanguinis auctorem immediate habent, & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quam ex matre: quippe cum etiam Peripatetici, si Gale-

Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis a patre, ut ait Jurisconsultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur, qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis non habent, sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt, ex uno duntaxat: nec qui ex eodem solum patre conjunguntur, plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati, *Nov. 118. c. 3. auth. itaque C. comm. de success.* ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantum eumdem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem; *tit. de consang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam consobrini) Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & κατ᾽ ἐξοχὴν consobrini proprie enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi consororini, *vid. infr. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fusius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati sunt, *leg. 2. §. 1. de suis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. infr.*

Qui post mortem patris) Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit.* Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, *leg. 6. cum 2. seqq. de suis & legit.* vid. *sup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu sunt, &c.) Legitima hæreditas tantum proximo defertur, *l. 2. §. 4. de suis & legit.* & diserta sunt verba ipsa legis duodecim Tabularum. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis, quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfamil. moreretur, si factum est testamentum, qui tunc, cum certum esse cœpit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc iterum & fusius §. 5. & *seqq.*

T E X T U S.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus consistit: veluti inter filios naturales, & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin ii improprie consanguinei appellentur. Item si quis ex cæteris adgnatis suis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit aliquem, adgnatus inter suos esse non dubitatur.*

C O M M E N T A R I U S.

ADgnatorum nomen civile est, *leg. ult. §. 4. de grad. & affin.* ubi & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint liberi, an adoptivi, §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem fit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, *l. 2. §. 3. de suis & leg. l. 23. de adopt.* Ulpian. *in collat.* Rufin. *tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Improprie consanguinei) Recte, nam ex definitione Cassii consanguinei proprie sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, *l. 1. §. pen. de suis & legit.* hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eumdem patrem sanguinis auctorem habent: adoptati vero, etsi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, sanguinis tamen paterni nexu cum iis copulati non sunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio ab *l. 23. de adopt.* quo in loco manifestum est, jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etsi adoptati proprie consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successionis, cum aliis, qui sunt in familia, habent, *l. 1. §. ult. de suis legit. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, *l. 2. §. sed & si 19. l. 7. ad l. Tertyll.* Post constitutionem Justiniani *l. pen. Cod. de adopt.* soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt a persona non extranea.

Agnatus inter suos esse non dubitatur) Hotomannus agnatos legit in casu accusandi: quod parum refert. Inf vulgatis codicibus est *inter suos hæredes*: sed illa lectio manifeste vitiosa est, & vox *hæredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro *suos* reposui *tuos*: quia contextus id flagitat.

T E X T U S.

De masculis & fœminis.

3. *Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur; quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipsæ consanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hæreditates, etiamsi longissimo gradu sint, admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, Prætor eas bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim Tabularum nullo modo introduxit, sed simplicitatem legibus amicam amplexa simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive fœminas cujuscumque gradus, ad similitudinem] suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, quæ erat quidem lege duodecim Tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas a successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita: donec Prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas*

 adiu-

adnumerabant, & pollicebantur his bonorum possessionem; quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim Tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem Prætores suæ humanitatis: non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis quam in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum; ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus nisi soli sorori ad adgnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducentes, ad jus duodecim Tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam, nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

N O T Æ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*) *sup.* §. 7. *de fideic. hæred.* dicit, sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes) Theoph. [illegible], *aut potius quod deerat implentes*. Quod Prætori familiare, *l.* 7. *de just. & jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Quando consanguinitas ab agnatione distingui, & quam ob causam cœpta?*
2. *Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur a Prætore?*
3. *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Justinianus? Ubi quædam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentiæ contra accusationem Justiniani defensio.*

LOcus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim Tabularum fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscunque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur. quod jus, cum mediæ ætatis consultorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores, [illegible], exclusis remotioribus, quæ tamen a Prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Ex omni longissimo gradu) Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem, recte ne, ac [illegible] infra §. ult. de success. cognat.

[illegible]) Hoc est, frater [illegible] [illegible], consanguineos [illegible], & [illegible] [illegible]; & quæ postea consanguineæ [illegible] sexus personæ [illegible] agnatæ [illegible], non [illegible], agnatos [illegible] virilis sexus personas, *l.* 2. §. 1. *de suis & legit.* [illegible] ordines [illegible]. *l.* 1. §. [illegible] *l.* *l.* 2. *in princ.* [illegible] *l.* 4. *unde cogn.* [illegible]

perasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur) Prudentibus visum fuit utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius quam ad fœminas pervenirent; non tantum quia masculi reip. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus: aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine) Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex dicto Prætoris verbum proximitatis factum est proprium juris Prætorii, eoque cognati proprie designantur, non agnati, *leg.* 3. *leg.* 4. *unde cognati*. In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum, etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen spectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

2) *Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus*) Fœminas adgnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum a successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, Prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. Ait, *neque adgnatus ullus*. Non ait *proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus*. Nam in successione cognatorum, ut quisque proximior est, ita alterum excludit: nec Prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

3 *Media jurisprudentia*) Cujacius & Hotomannus quos Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat [illegible], seu leges, quæ latæ sunt post duodecim Tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed a vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut aperte testatur Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in virili observantia. Paul. 4 *sent.* 8. Ulp. *tit. de legit. hæred.* §. *ad fœminas* 6. Ac diu etiam post continuit, [illegible] duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & [illegible] sustulit, *leg. pen. C. de l. hær.* Præterea, ut alibi [illegible] Cic. Ascon. Dion. Augustino, lex Voconia [illegible], ne quis virginem neve mulierem hæredem [illegible], ac ne unicam [illegible]. Quod si ita est; nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius [illegible] quidem ad hæreditatem patris admisit, procul [illegible] magis removit sorores a successione fratrum: & si nec ex testamento [illegible] heredes esse voluit, multo minus ab intestato: quippe plus semper [illegible] testatori, si in

§. 12.

§. 12. *sup. tit.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sentent.* 8. ubi sic scribit. *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim Tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere potius, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum: quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *l. 2.* §. 5. *de orig. jur.* Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, τῆς μετὰ τῶν δωδεκαδέλτων σοφίας, non magis nobis Paulus adversabitur, quam alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret, cum id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem jure edictum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione jure civili adscribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus, idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus a differente significetur, unum saltem verum esse: Et omnino sic sentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur August. 3. *de Civit. Dei cap.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudine abiisset, revocatum denuo fuisse jus pristinum, non quod duodecim Tabulæ, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine jurisprudentiæ hic significatur. VINN. Verissimum est, hoc jus esse ex jure civili, id est, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud inventum esse ex rationibus Voconianis, quibus & eversa ac abolita lege Voconia locus esse potuit. Confer omnino quæ erudite ad Paul. *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 8. disseruit V. C. Ant. Schultingius. Inde autem non sequitur ut jus civile hic sit idem ac *jurisprudentia media*. Nimirum uti omnem jurisprudentiam, quæ Prætoris edictum antecessit, vocarunt *veterem*: ita *media* est, quæ per edictum perpetuum invecta, *nova*, quæ per constitutiones novorum Principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon. *d. leg. Vocon. pag.* 193. NEIN.

Imperiali dispositione anterior) D. Wesembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam a Cæsaribus Remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem Imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma Reip. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissime legibus statum adhuc Repub. latis, aut veterum consuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responsitarent, legesque interpretarentur, *leg.* 2. *circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de Imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus Prætores suæ humanitatis) Ἑλληνισμὸς, more Græcorum: intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, ἀφ᾽ τῆς φιλανθρωπίας τοὺς πραίτωρας. Laudat quidem Prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδικίας, Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, *noxæ dedere*, *satis legatorum desiderare*, *leg.* 3. §. 2. *ut in poss. legat. satis dotis fieri*, *leg.* 22. §. *si patri* 4. *sol. matrim.* id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cicer. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, id est, nomine, vice accessionis. Cels. *lib.* 1. *laudatur Hyppocrates artis & facundiæ.*

Quare etenim, &c.) Tota vetus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam fœminis propter onera, quæ domi militi atque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores in id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias, ne ditatus insolenter sese efferat, & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamitat, *l. pen. Cod. de legit. hæredit. l.* 4. *C. de lib. præt.*

Nostra constitutione) Extat in *d. l. pen. C. de leg. hær.* ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim Tabularum prolixe commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis concluserit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa. *Nov.* 118.

Secundum jus gradus prærogativam) Ita ut ex constitutione Justiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam Prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque in suo ordine exæquavit Justinianus; ita *dicta Novella* 118. jura agnationis & cognationis.

T E X T U S.

De filiis sororum.

4. *Hoc etiam addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus a jure cognationis in legitimam successionem: ut non solum fratris filius & filia, (secundum quod jam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur; sed etiam germanæ* con-

consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps personæ, una cum his ad jura avunculi sui pervenient; & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tamquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus, cæteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*) Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. Cod. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. Cod. de leg. hær.*

Sed in capita) Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquiter, alter duos: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 2. §. 2. de suis & leg.* Ulpian. *tit.* 26. §. 3. Nec id abolitum *ista Novella* 118. *c.* 3. §. Utique in Oriente observatum constat Harm. *lib.* 5. *tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proxime præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti: quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescit, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ constitutioni) Duo sunt constitutionis supradictæ, scilicet & *leg. pen. Cod. de leg. hæred.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus) Tertius scilicet. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

(1 *Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius*) Ἀδελφιδοῦς ὁμοπατρίας ἢ ὁμομητρίας ἀδελφῆς, sororis consanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. in *Andr. act.* 1. *scen.* 6. *vers.* 57. *Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem in *Adelph. act.* 2. *scen.* 4. *v.* 5. *O mi Æschine, o mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. cap.* 27. *Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quam qui consanguineæ tantum aut uterinæ. Nomen a germine deductum Festus scribit; *Germen*, inquit, *est, quod ex arborum surculis nascitur, unde & germani, quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι καὶ αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Protesilai. *Illiad.* 13.

(2) *Vel sororis uterinæ.*) Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομήτριοι, seu ὁμογάστριοι. Sic autem hic loquitur Imperator, quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ipso Justiniano jam ante editam *leg. pen. Cod. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *leg. ult. ad SC. Tertyll.* quod repetitum postea *leg. ult.* §. 2. *Cod. de leg. hær.*

Soli & non deinceps) Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure; ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli) Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, prætere a patruum & avunculum; hi cognati, filius scil. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *dict. Nov.* 118. fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt) Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov.* 118. *cap.* 3. *Nov.* 127. *cap.* 1. Eodem jure non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantum.

Successionem admittentibus) Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub §. *pen. inf. eod.*

Non in stirpes, sed in capita) Ut hæreditas in tot partes distribuantur, quot sunt hæredes, ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit, hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *leg.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Ulpian. *tit.* 26. §. 3. Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis atque successionis in locum parentum; cum alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam soli sunt, in stirpes succedere debeant quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim quod Azoni placet, videbimus *infr. sub tit.* 5.

TEX-

T E X T U S.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim Tabularum proximum vocat. Itaque si (v. g.) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim Tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

C O M M E N T A R I U S.

LEX *duodecim Tabularum proximum vocat*) Hisce verbis: *Agnatus proximus familiam habeto*, *leg. pronunciatio* 195. §. 1. *de verb. sign.* Ulpian. *tit.* 26. Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere; eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes hæreditas dividatur, *leg.* 2. §. 2. *de suis & legit.*

Frater potior habetur) Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *leg.* 3. *C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est §. *praeced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur) Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum; sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *leg.* 2. §. 2. *de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *leg.* 8. *leg.* 9. *de legit. tut.* §. *ult. sup. de cap. dem.*

Proprie proximus ex pluribus gradibus) Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, cumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximior est, *l.* 1. §. 7. *unde cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse: atque ex sententia legis, etiamsi unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. d. *l.* 2. §. 4. *de suis & legit.* qui sic eo loco scribit: *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint; quia & is proximus est, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit.* Add. *l.* 1. §. 5. *unde cogn. l. proximus* 92. *l. proximi* 154. *in vulgari* 162. *de verb. sign.*

T E X T U S.

Quo tempore proximitas spectatur?

6. *Proximus autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem exiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur: In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

CUM quæritur, quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. (1) Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipso adhuc vivo eversum est, an facto jure testamento, quod demum post mortem ejus irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit, posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deseritur: quia mortuo patrefamil. testamento facto, non ante hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum est, neminem ex eo testamento hæredem exiturum, *leg.* 2. & 5. & 6. *de suis & leg.* 1. §. 6. & 7. *unde cogn.* Uberius hæc exposuimus sub §. 7. *superioris tit.*

Tunc enim proprie quisquis intestatus) D. Contius legit: *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian. l. 1. *prin.* §. *de suis & leg.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus) Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede scripto, patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *leg.* 2. §. 5. *de suis & legit.* quo loco quod Ulpian. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti, sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

T E X T U S.

De successorio edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse; id est ut quamvis proximus, non secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit; nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum Prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cogna-*

cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in adgnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis a Prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit: & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem?*

2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum?*

JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. Ulp. *tit.* 25. §. 4. & ideo fratre verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. *sent.* 8. Atque hoc est, quod scribit idem Ulp. *leg.* 2. *in princ. de suis & legit. Si sunt consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis, id est, agnatis remotioribus non deferri.* Rationem hujus juris suggerit Paul. *dict. leg.* quia omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia Lex duodecim Tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in illorum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat, data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere) In secundo scilicet ordine heredum, in quo vocantur agnati. Quanquam nec in suis hæredibus successio est, teste Ulpian. *l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, ut filio & nepote ex eo, nam postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut cognato non defertur, *l. ult. Cod. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *dict. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certe per Nov. 118. *cap.* 1. sed contrariam teste Jasone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

Nihilo minus legitimo jure sequentes) Quid si plures sint ejusdem gradus agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? 2 Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit, & licet decesserint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l.* 9. *de suis & legit.* §. *ult. inst. de SC. Orph.* Ulp. *tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant) Edicto successorio. *l.* 1. §. 6. *succ. edict.* Observabat autem Prætor in eo ordine gradus propinquitatem, verb. grat. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur, sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluso) *Recluso* dixit pro *occluso*; uti & item postea, *hoc agnatis est reclusum*, contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat aperire, reserare, Virg. 8. *Æneid. v.* 244.

Infernas reserat sedes & regna recludat.

Horat. *l.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cælum*, &c.

Justinianum tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens dixit, singula separatim *recludi* pro *occludi*. In *leg. penult. Cod. de legit. hær. recluditur* dixit Justinianus pro *excluditur*, cum ait: *Germana ejus ab eadem successione recluditur.*

Constitutione nostra) Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *infr. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis, sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordinem gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. (3) Hodie vero nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. Nov. 118. *cap.* 4.

Quod cognatis a Prætore apertum) Duas rationes offert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia Prætor eam admisit in ordine cognatorum, *leg.* 1. §. *qui semel* 6. & §. *quibus*. 10. *de success. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non possit. VINN. Ex quo patet, falli Alexandrum & Oiselium, qui ad Caji *Instit. lib.* 12. *tit.* 8. §. 23. scribunt, agnatos remotiores jure civili exclusos vocatos esse edicto Prætoris *unde cognati*. Propiorem enim cognatum eo casu exclusisse remotiorem agnatum certissimum est. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Juris prud. veter. pag.* 139. HEIN.

Maxime cum in onere tutelarum) Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa Lex duodecim Tabularum voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximiore agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l.* 3. §. *pen. de legit. tut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente proximo, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l.* 10. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De legitima parentum successione.

3. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, quum apud antiquos non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

NOTÆ.

8. *Ex nostra constit.*) *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, salvo tamen jure patris manumissoris, ut scil. nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. sup. quib. mod. jur. pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov.* 118. *c.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Filiumfam. hæredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2 *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov.* 118.
3. *Quo jure olim ut pater successionis filio emancipato?*

TRactatur hic de legitima successione parentis non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiofam. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiofam. in his bonis hæredem sibi testamento instituere; jus tamen vetus hactenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona illa pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de castr. pec.* Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculii. Atque hacusque filiusf. hæredem ab intestato habere non poterat: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tamquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum ususfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in *princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib.* 2. cum ait, si filiifamil. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere; jure communi, hoc est, jure hæreditario, ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset; nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *dict. loc.* fusius disseruimus. Novella 118. parentes sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi, patet ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, *l. 1. §. ultim. si par. a quis man. l. 14. de inoff.* quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet, & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantum sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, a Prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite: unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater a fratribus exclusus fuit, *l. 2. C. ad SC. Tert.* Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum, *l. 10. de suis & legit. l. 2. §. cinistus* 15. *ad SC. Tertyll. §. 3. inf. eod. tit.* Ergo sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, et jure patris etiam matri: quod jus ei expresse reservatum fuerit Senatusconsulto dicta, nque *l. 2. ad SC. Tertyll.* a Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. Cod. de bon. quæ lib.* & *l. 11. C. comm. de success.*

Qui contracta fiducia, &c.) Id est, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit. Nam inventi ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in *§. præterea*, 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi emancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto, ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, *tit. si a par. quis man.* Ceteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teste Gajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri) Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, ceteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri potuit, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, *arg. Nov. 117. c. 2.* VINN. Videntur compositores hoc loco ad aliam respexisse constitutionem, quæ cum Cod. Justinianæo intercedit, qua Imperator sanxerat, ut pactum fiduciæ semper interpositum esse fingeretur, etiamsi expresse interpositum non esset. Sed hac constitutione post *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omissa fuit in C. *Repetitæ prælectionis*. Ceterum omnino eatenus excusari nequeunt compositores Institutionum, quod immemores novæ istius constitutionis vetustioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.

DE SENATUSCONSULTO TERTULLIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. Cod. Lib. 6. Titul. 56.

Argumentum hujus & sequenti Tituli.

HOC Titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur, in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

T E X T U S:

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; nisi quod Prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*) Ait, lege 12. Tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos duntaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum scilicet hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati, nulli a lege vocantur. VINN. Hæc quidem in se vera sunt. Poterat tamen contingere, ut & mater ex lege 12. Tabb. filii hæres esset (1) si esset ejusdem familiæ, vel gentis, e.gr. si Scipio alterius Scipionis filiam duxisset, ex eaque procreasset liberos. His enim mater tanquam agnata succedere poterat, si esset proxima. Deinde (2) si mater in manum convenisset. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata succedebat. Ast posteaquam media jurisprudentia agnatas præter sorores exclusit, & uxores rarius in manum convenire cœperant, rarissime quoque fuit matrum successio antequam Senatusconsulto Tertylliano illis prospiceretur. HEIN.

Nisi quod Prætores ex proximitate) Pro *nisi* utendum erat conjunctione discretiva, *cæterum* aut *sed*, ne quis putet, ex præscripto legis quod Prætores fecerunt. Sensus enim est, Prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse loco proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

T E X T U S.

De Constitutione Divi Claudii.

1. Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem D. Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*) Hoc est, ipsi legi 12. Tabb. postea derogatum est, & quod Prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatusconsultis: ac deinde cum antea demum post omnes agnatos a Prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, *l. 2. §. ult. unde leg.*

Primus D. Claudius) De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referat, quod Svetonius scribit *c. 19.* eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum; quod etsi quod significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim a Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur a Juvenale *satyr. 9.*

Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habeat; quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplesse, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium a Claudio concessum apud Sveton. *cap. 19.* pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id consequebantur fœminæ, ut tutela liberarentur, solidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re latius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Procul dubio hoc privilegium a Claudio non tam omnibus fœminis, quam quibusdam speciali beneficio concessum est. Vide Cuj. *Not. poster. ad h. §.* HEIN.

Ad solatium liberorum amissorum) Ut hoc qualiquali solatio luctum amissorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri succursum esse scribit ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomann. & Taningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

T E X T U S.

Ad Senatusconsulto Tertyllianum. De Jure liberorum.

1. Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod Divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato

mori.

mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.

N O T Æ.

1. *De tristi successione matri*) Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eamdem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

Licet in potestate parentis) *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l. 6. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Hadriani temporibus) Zonaras *lib.* 2. testatur, hoc Senatusconsultum factum esse Divo Pio auctore, quod & fasti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules, ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam anno viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo Divum Hadrianum hic accipiemus non patrem, sed filium, Antoninum scilicet Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Hadrianus quoque appellatur. Sic epistola vulgo Hadriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, D Pio tribuitur *l. si testamentum* 49. §. 1. *in fin. de fidejuss.* Ob eamdem rationem Hadrianus quoque Trajani nomine sæpe appellatur. Cujac. *hic*, VINN. Hæc omnia quam incerta sint, quamque parum fidei mereatur Zonaras, diximus *in Antiq. Rom. h. t.* §. 3. idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Jurispr. vet. ante just. p.* 688. HEIN.

Plenissime de tristi successione) Plenissime, id est, diligentissime; accurate enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque; qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. *l. 2. hoc tit. Tristi successione*: luctuosam hæreditatem appellat *l. ultim. Cod. de inst. & subst.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet, liberos suæ superesse vitæ sospites & superstites.

Non etiam aviæ) Senatusconsultum Tertyllianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus ascendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio *l. 9. Cod. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert, aviæ nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Justinianus, *Nov.* 118.

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor) Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur: quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipubl. peperissent prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum a Principe consecutæ sint. Paul. 4. *sent.* 9. *in pr. & fin.* Ulp. *tit.* 26. §. *ult.*

Intestato mortuorum) Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. *ult. præc. tit.* Hodie vero id secus est; nam ex *Nov.* 118. mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis) Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantum in proposito avus consequeretur, mater proprietatem habebit, *per l. cum oportet 6. Cod. de bon. quæ lib.*

T E X T U S.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittantur?

3. ***Præferuntur autem matri liberi defuncti***, *qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguenei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

N O T Æ.

3. *Frater consanguineus &c.*) Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse, 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas, 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

Liberis onerata) Cuj & Ulp. *tit. ult.* §. *ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Theop. ἔχουσα δίκαιον παίδων, & *infr.* §. 5. τεκνοσμόρην. Cicer. 1. *Tusc. c.* 35. *Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ?*
3 *Qui adscendentium?*
4 *Qui lateralium?*

Continet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani: doceturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus; tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti) Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco) Hinc necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filai suos hæredes habere non potest. Ait autem Imper. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes

sunt,

[illegible], tam qui [illegible] loco. Sui sunt etiam liberi [illegible]: caeterum hi post emancipationem matri [illegible] admittuntur, nisi fuerint ex [illegible], ut puta nepos adoptatus ab avo, [illegible] 6. hoc tit. Quid autem juris hodie, si [illegible]? Non habent hi quidem jus [illegible] tamen quia Justinianus expresse [illegible] ab intestato, dicendum videtur, matri [illegible], *l. penult.* §. 1. *Cod. de* [illegible]. Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederit? Et quidem in adoptionem [illegible], neque sui heredes sunt patri naturali, neque [illegible]. Placuit tamen, cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessio[illegible] unde proximi cognati matrem & filiam, *l.* 2. §. [illegible]. Suorum loco sunt etiam liberi emancipati, quos [illegible] numero habent, [illegible] tanquam suos, vel cum suis heredibus [illegible] bonorum patris possessores fiere. Deinde [illegible] quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, [illegible] nepotes ex filia; [illegible] & cum his vocantur, §. *ult. sup.* [illegible] ut matri defuncti praeterri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, [illegible], nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

[illegible]) Casus, ubi de filiae intestato mortuae successione quaeritur. Ait *sui*, id est, quae sui juris [illegible] fuerit: quo modo M. Tullius *lib.* 3. *de* [illegible]. *Est*, inquit, *genus injustae servitutis, cum ii sunt* [illegible], *qui sui possunt esse*. Persius *satir.* 5. *v.* 83.

Vindicta postquam meus a Praetore recessi,

& aliqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato [illegible] locum esse potest, ut notatum §. *praec.* [illegible] illud palam est, liberos suos heredes matri [illegible]. Apud Wesemb. vox *suae* deest.

[illegible] vel filia praeponitur ex constitutionibus) *Lib.* 4. *C. ad SC. Orfit. l.* 11. *C.* [illegible] *& legit. l.* 3. [illegible] *C. Th. de* [illegible]. Ut autem filius & filia matri praeferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hereditas, [illegible] opus fuisse, ideo Hotomann. & Bachov. scribunt, quia [illegible] videntur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orfitiani, & tamen in Orfitiano excludantur consanguinei, qui in Tertylliano [illegible], aut cum matre con[illegible] si intestatae mulieri consanguinei extant, [illegible] & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto [illegible] hereditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro *l.* 2. *C. ad SC. Orfit.* Plane illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptesve admittantur, & matri defunctae praeponantur, *d. l.* 11. *Cod. de* [illegible].

§. 3. *Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus.*) Jam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem [illegible] naturalem: nam adoptivus matri [illegible] *l.* 1. §. *objicitur* 15. *l.* 3. *hoc tit.* Ait, *utriusque*, id est, & filii & filiae intestato mortuorum, de quibus [illegible] erat. Sin non erat [illegible] matrem. [illegible] pater existat, [illegible] bonorum possessio competat, *d. l.* 2. *objicitur* 15. [illegible]. *Non etiam avus & proavus*, neque avum neque proavum, ait Ulpianus in Tertylliano, matri [illegible], quum in [illegible] contraxerint, *l. objicitur* 15.

Cum inter eos solos) Scilicet, ajunt Hotomann. Wesemb. Pac. inter patrem & matrem; qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proxime antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti, inter avum & proavum & matrem solos de hereditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: at ubi simul pater superest, cui avus anteponatur, non item: verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tamquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, praefertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, *l.* 5. §. *ult. h. t.* neque enim mater prodesse debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo, si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l.* 2. §. *objicitur* 15. *eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, *si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ergo dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab Ulp. *d. l.* §. *ut consanguinea* 18. *eod.*

Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.) Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hic tria docentur, 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineae, siquidem solae, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores aeque ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores & fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco matri objiciantur, existimandum est, caeteris a latere venientibus sive agnatis, sive cognatis matrem praeferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: caeterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *eod.* *Novella* 118. totum hoc jus mutatum est, ut idem[illegible].

Et matre liberis onerata) Probabilis est conjectura Cujac. in *not. ad* Ulp. *tit. ult.* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*. Ut enim verum sit, liberos, matri esse oneri tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujac. Theophilus quoque juvat, qui vertit [illegible], & §. 5. eamdem appellat [illegible]. Cicero 1. *Tusc.* c. 35. *Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

T E X T U S.

Jus novum de jure liberorum sublatum.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non peperit? immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quaeve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COM-

COMMENTARIUS.

Constitutione quam in Codice) Ea est *l. 2. Cod. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus) Non debebat disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendarum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto:
Tantum artes hujus tantum medicamina possunt.
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit) Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

T E X T U S.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur?

5. *Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere; excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes; ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hæreditates simul vocemus: ita tamen ut, si quidem solæ sorores agnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite, & fratre, vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hæreditas.*

N O T Æ.

5. *Cum antea constitutiones*) Vid. *l. 1. l. 2. & pen. C. Theod. de leg. hær.* Cujac. *hic.*

Anteponi, & sine ulla deminutione) Superiores constitutiones jus matris minuebant, admissis adgnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat, *l. ult. C. h. tit.*

COMMENTARIUS.

Partim adjuvabant, partim prægravabant) Ejuscemodi extat constitutio Constantini *l. 1. C. Theod. de leg. hær.* Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, a quibus antea in totum excludebatur. Vicissim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l. 2. dict. tit. & Cod.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, propterea quod ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d. tit. C. Justin.*

In aliis contrarium faciebant) Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione) Matres omnes jure liberorum honestantur, *l. ult. Cod. de jur. lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu, remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam, quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.) In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. Cod. h. t.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini) Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum exclusis, etiamsi ter non pepererint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, a quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen, ut si quidem solæ sorores) Quæ sequuntur pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem: ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ, sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant: sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d. leg. ult. Cod. h. t.* Hæc iterum mutata sunt Nov. 118. qua fratres & sorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam a matre, quam a fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEX-

T E X T U S.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ suboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti, vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

N O T Æ.

6. *Impuberum morientium.* Diserte *impuberum*, ut & in *d. l.10. C. de leg. hær.* nam si puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l. 3. Cod. h. t.* Nec qui minori puberi curatorem non petiit, excluditur *d. l.2. §.29.* [illegible]. Modestin. *l.2. §.5. qui petit. tut. l.6. Cod. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

ITa eas oporteat suæ suboli consulere. Matri onus tutelæ impositum non est, quia virile munus est, tutelam gerere: at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maxime convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna a legitima hæreditate filii repellitur, *l.2. §.1. & 2. qui pet. tut. l.2. §. si mater. 23. & multis seq. h. t.* ubi hic locus late explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti. Si mater, inquit Ulp. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis rejectisve non confestim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d. l. 2. §. si mater 33. h. t.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum, *Nov.110. c.5.* Sed hæc moribus obliterata. Christ. *vol.4. dec.63. n.7.*

Intra annum. Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur a pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, Prætoris copiam habuit hoc rei sedentis, *d. l. 2. §. si mater 23. & §. confestim 43.* ubi Græci, [illegible]. Quod vero hic dicitur, & in *l.10. C. de leg. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur, nec si magnam causam non petendi habuerint, quæ usque ad annum eam excusaret, per *d. l.2. §.confestim 43.*

Impuberum morientium. Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hæreditate non excluditur: quod & diserte rescriptum est in *l.3. Cod. h. t.* & ideo *d. l.10. Cod. de leg. hær.* expresse additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum puberem qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, *per l. 6. §.1. de jur. cod.*

T E X T U S.

De vulgo quæsitis.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatusconsulto admitti.

C O M M E N T A R I U S.

QUemadmodum mater a Prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.2. unde cogn.* ita & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quam qui procreati ex justis nuptiis, *leg.2. §. 1. h. t.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *leg.1. §.2. eod. §. pen. & seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, *leg.7. de cap. minut.* cumque vulgo quæsiti patrem non habere intelligantur, a quo sunt agnationis & familiæ jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, *leg. 4. unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ sub §. 3. *seq. titul.*

TITULUS QUARTUS.

DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. Tit. 17. Cod. Lib. 9. Tit. 57.

T E X T U S.

Origo & summa Senatusconsulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orfitio & Rufo consulibus est factum est, D. Marci temporibus: & data est tam filio, quam filiæ legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis & adgnatis defunctæ matris.

C O M M E N T A R I U S.

LEge duodecim Tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo duntaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes, & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *princ. præc. tit.* Cæterum cum placitum esset, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune vo-

votum, *l.* 7. §. 1. *unde lib.* Hic etectum & Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, caussam ignorare me fateor. VINN. Maxime tamen probabilis est ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius *cap.* 669. quod mater, si vellet, pietatis officio per testamentum posset satisfacere, id quod per ætatem liberis sæpe haud licuerit. Quum ergo sæpius contingeret, ut liberorum hæreditate matres, quam hi materna exciderent: nec mirum videbitur, prius prospectum fuisse matri, quam liberis. HEIN.

Orficio & Russo Coss. D. Marci temporibus) In Imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vertius, seu, ut alii, Velius Rufus & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est a consulatu Flavii Tertylli, a quo Senatusconsultum Tertyllianum. Lamprid. *in Comm.* Onuphr. *in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpe eamdem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videbimus: quemadmodum etiam in proposito Cajus *l. penult. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat,) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti) *d. l. penult.* uti ex contrario quoque mater, licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Ut ergo uti mater filiaf. ita & hi liberi jussu patris adibunt, §. *postea* 2. *tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit; Plane hodie post *Nov.* 118. etiam filii & filiæfam. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

Et præferuntur consanguineis) Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo adgnatos quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertylliano consanguinei defuncti præferuntur matri, & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, *l.* 1. §. *sed si nemo* 9. *hoc tit.*

T E X T U S.

De nepote & nepte.

1. *Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ab aviæ successione legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

C O M M E N T A R I U S.

Utrumque Senatusconsultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit, atque ut Tertyllianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit, sic Orficianum similiter filios duntaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l.* 8. *unde cognat.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum Prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus) Principes Valentinianus, Theodosius, & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l.* 4. *C. Theod. de leg. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad §. *ult. supr. de hær. quæ ab intest.* Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, ætatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa est. *Nov.* 118.

T E X T U S.

De capitis deminutione.

2. *Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertylliano, & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum deferuntur.*

C O M M E N T A R I U S.

Regula juris est, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l.* 7. *de cap. min. l.* 11. *de suis & leg. l.* 1. *h. t.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem duodecim Tabularum deferuntur, vel ex constitutionibus, vel ex Senatusconsultis *dd. ll. & l.* 3. *in fin. de hær. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, si liquet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa, de successione quæri non potest, *d. leg.* 1. §. *cap.* 8. Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert, *d. l.* 7. *de cap. min.* quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve; quæ nomina, ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ solæ, quæ ex lege duodecim Tabularum) Propterea quod lege duodecim Tabularum hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet, hæredum, & agnatorum: quæ nomina, cum civilia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt, §. *ult. sup. de leg. agn. tut.*

T E X T U S.

De vulgo quæsitis.

3. *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NO-

NOTÆ.

4. *Qui vulgo quæsiti*) Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat, nati autem ex concubitu, (scilicet licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. C. h. t.* Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.*
2 *Quid moribus hic receptum:*

Sicut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orfitiano, *leg. 1. §. 2. h. t.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub *§. ult. præced.* 1 Succedunt autem matri non tantum cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quam si legitima soboles desit; ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. Cod. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *leg. si suspecta 29. §. 1. de inoff. test.* Inter patrem vero & spurios jus idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utroque meliores, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. Cod. h. t.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet, C. de nat lib.* quorum neutrum pertinet ad ... Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt, ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. c. ult. auth. ex complexu, C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *c. cum haberet 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus ex officio liberis hujusmodi alias fame perituris alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia pater est, *Nov. 12. c. 2.* vid. Fachin. *contr.* ... *de nath. & spur. c. 41. cum seqq.* Gail. 2. *obs.* 115. Christ. *vol. 1. dec. 198. & vol. 4. dec. 64.* Mores hac in parte nonnihil a jure Romano decesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jur. noviss. c. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit Wesemb. ... & post eum Dn. Tulden. *comm. in l. 2. tit. ult. c. 11.* Apud nos naturales nec non ex his descendentes, non tantum matri reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt; sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam si nati sint ex vetito aut nefario complexu, qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tamquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitime procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, quos vocamus *(over vuonem bastart)* hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione & tam materna, quam paterna propter admissum a parentibus nefas, vid. Grod. *lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31.* ubi jura quædam singularia commemorat concessa quibusdam civitatibus. VINN. At in Frisia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet, ceu & res judicatæ recentissimæ confirmant. HEIN.

TEXTUS.

De jure accrescendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

COMMENTARIUS.

HIC locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur, *§. pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit) *L. 1. §. si nemo 9. h. tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. VINN. Ratio hujus juris propior dari potest, *quia omnis successio*, ut ait Paul. *recept. Sent. lib. 4. tit. 8. §. 23. proximiori defertur*. Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur: Paul *ibid §. 7. Institut. de leg. agn. success.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejusdem gradus merito accrescebat, ne vocandus esset cum propiore remotior, id quod absurdum omnino videri posset. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure accrescendi lib. 1. cap. 1. & 14.* quod qui eodem gradu sunt, conjuncti esse videantur. Sed conjunctionis materia ad testamentariam successionem pertinet, ubi quæstio est de præsumpta testatoris voluntate, ad legitimam. HEIN.

Le-

Tiet antè decesserint) His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata fit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere, certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *leg. unic.* §. 5. *de cad. toll.* portionem autem accrescere, *leg. unic.* §. 5 *cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *leg. si Titio 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret, quod diserte expressit Marcian. *dict. leg.* 9. *de suis & leg.* hoc est, si decesserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos hæredes qui ipso Jure sine aditione hæredes existunt *leg.* 14. *de suis, & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *leg. unic. Cod. de his qui ante ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

Post suos hæredes, eosque, quos inter suos hæredes Prætor & constitutiones vocant, & post legitimos, (quorum numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio), proximos cognatos Prætor vocat.

NOTÆ.

Prætor vocat) Ad bonorum scilicet possessionem: non cognati hæredes jure civili non fiunt. Vid. *infr. in comm.*

COMMENTARIUS.

LEX antiqua duodecim Tabularum duos tantum hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes, nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum agnatorum una cum vere suis hæredibus aut agnati ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de hæred. ab intest.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœmineo, §. *ult. dict. tit.* I. In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de l. agn. success. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hæred.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc. tit.* Prætor vero tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum *liberorum*: non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum *legitimorum*, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis, *leg.* 2. §. *ult.* & *leg. seq. unde legit.* tertium *cognatorum*, in quo admisit omnes, quos tota sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l.* 1. *in princ. l.* 2. *unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant, *l.* 5. *dict. tit.* §. 1. *infr. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov.* 118.

Proximos cognatos Prætor vocat) In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; sed jure Prætorio bonorum possessores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. possess.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia Prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Novella* 118 cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati Prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in ordine? De agnatis capite minutis.

1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim Tabularum inter legitimos non habentur, sed a Prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

PORRO jam declarare instituit Imperator, quinam illi sint, quos Prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne successionis tollitur, *l.* 1. *C. de hær. inst.* Igitur, ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege duodecim Tabularum deferebatur: ita nec Prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l.* 5. *unde cognat. leg.* 1. *unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis, & sanguinis minima capitis diminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ultim. de leg. agnat. tut. l.* 8. *de regul. jur.* Prætor, qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem speravit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos, & legitimos, *leg.* 1. *unde legit. dict. leg.* 5. *und. cognat.* Et ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bono-

bonorum possessionem ex edicto unde legitimi: sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana) Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta fine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter *l. ult. C. de leg. hæred.* ut opinor, qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus succedere æquo jure & sine ulla deminutione, *d. l. ult.* §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. per *d. l. ult.* correctus est: quippe quam post institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imper. in ipsa lege mentionem institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in *l. 4. C. de leg. tut.*

Alii vero adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis) Hoc expeditius procedit post Nov. 118. Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt a patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari siverunt: nam isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant: ac propterea etiam tertio hoc capite a Prætore vocantur, *leg. 1. §. 4. unde cogn.*

T E X T U S.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam, qui per fæminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine Prætor ad successionem vocat.*

C O M M E N T A R I U S.

HÆC secunda classis est eorum, qui a Prætore vocantur gradu seu ordine tertio. nimirum qui per mulierem seu fœminam ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod a patre oritur, numquam habuerunt *leg. 2. & leg. 4. unde cognat.* Ait autem diserte *ex transverso*, quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite Prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine) Id est cognatos, *leg. 4. d. l. 4. unde cogn. leg. 2. de suis & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

T E X T U S.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

C O M M E N T A R I U S.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *leg. 1. §. 4. unde cognati*. Pertinent autem hi ad primam classem, eorum scilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc titul.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum: *leg. 4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua Prætor liberos vocat, §. *at hi* 10. junct. §. *admonendi* 14. *sup. hæred. quæ ab intestat. def.*

T E X T U S.

De vulgo quæsitis.

4. *Vulgo quæsitos nullos habere adgnatos manifestum est: quum adgnatio a patre sit, cognatio a matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati evocantur.*

N O T Æ.

4. *Nullos habere adgnatos*) Quia adgnationis jus a patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. und. cogn. l. 23. de stat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. dict. tit.* Immo nec cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum *auth. licet C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati) Leg. ut vet. *mod. ex matre cognati*. Th. ἀπὸ μητρός.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæsitos, jus agnationis habere.*

2 *Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*

3 *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti: qui & ipsi inter se & cum aliis per matrem a latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, a latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. *Novella* 118. idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos) Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurii jure agnationis pertinere potest: quoniam agnationis jus a patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, *leg. 4. unde cogn.* junct. *leg. cum legitimæ 19. leg.*

vul-

vulgo 23. *de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad nullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l.* 19. *lex* 24. *de stat. hom.* Forster. *tract. de hær. quæ ab intest. circa fin. lib.* 1.

(1) *Ne inter se quidem possunt videri consanguinei*) Argumentum a remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum coniunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l.* 4. *unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. suc.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri) *Leg.* 4. §. 2. *de grad. & affin. leg.* 2. *unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, & non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l.* 14. §. 2. *leg. & nihil* 54. *de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent, quantumvis nati sint ex concubina, quamquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi, nec uxor superstit, *auth. licet*, *C. de nat. lib.* quod tamen in his regionibus non observari, monuimus sub §. *pen. superiori tit.* Sic ergo habeto, Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem a latere conjunctis; & hi vicissim illius, *d. l.* 2. *unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis, sive paternæ, sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato, penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod est extra controversiam), nec inter se ipsis, aut cum aliis per patrem matremve a latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit, proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successionis locum. Per *c. ult. Nov.* 74. & *c. ult. Nov.* 89. Gloss. comment. approbata in *l. ult. Cod. de natural. lib.* Cagnol. *in l. pen. C. ad Senatusc. Orfician.* Palæot. *de noth. & spur. c.* 43. Forster. *tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. concl.* 5. Anton. Fab. *C. suo*, *lib.* 6. *tit.* 33. *decis.* 3. 7. & 8. Fachin. 6. *cont.* 10. Diss. Christin. *vol.* 1. *dec.* 198. & *ibi citati*. De jure patrio dixi sup. §. *pen. præc. tit.*

T E X T U S.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt?

5. *Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, agnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim Tabularum quæramus, sive de edicto, quo Prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo a sobrino sobrinaque nato natave.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum?*
2 *In obscuro esse, cur sexto potius quam quo alio gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.*
3 *Supradictum discrimen sublatum esse Nov.* 118.
4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur? & an novo jure item cognatorum? Et quid hic usus servet?*

HOC §. determinatur successio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

(1) *Agnationis jure etsi decimo gradu*) Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec a Prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo*. Hoc dicitur πρὸς διαστολὴν sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo Prætor legitimos) Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint, Prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum) Inclusive ut loquuntur *leg.* 1. §. 3. *leg. penult. unde cognat.* Quid Prætorem moverit, ut potius sexto gradu quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. *sentent. in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesemb. aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est: tractatur enim hic non de successione adscendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & Prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eamdem istam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *leg.* 3. *in princ. de grad. & affinit.* Verum illi, ut credibile est, in hac τιμωρίᾳ respe-

pertinent maxime ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta & transversa inæquali. Non in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperies. (3) De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per Nov. 118. agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pene etiam expressum est in calce cap. 3. dict. Nov. 118. Sing. Joann. Fab. Angel. Wesemb. hic. Forster. dict. tract. 3. cap. 9. Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successionis cognatorum hic positus est, ita etiam decimus pariter intelligi debeat successioni agnatorum, an vero hæc certo gradu non terminetur. (4) Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant, an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pati non videtur ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam esse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum, dict. Novella 118. utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus Joann. Fab. Angel. Forst. Mynsing. Schneid. Wesenb. & apud nos servari tradit Grot. lib. 2. introduct. cap. 30. Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hereditate ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sint, §. 3. in princ. de leg. agnat. succ. quod & mox ibidem repetit iterum §. ultim. infr. de succ. cognat. Item quod Ulpian. leg. 2. §. 1. de suis & legit. definit, agnatos esse cognatos virilis sexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione certum & jus succedendi Justinianum contineri perspicuum est; ideo enim virilis sexus tantum meminit, ut significet masculos sexus, non etiam feminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, §. 3. sup. de leg. agnat. succ. Et denique quod lex duodecim Tabularum simpliciter & sine ulla determinatione graduum, si sui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet: Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis Imperator loquitur. De agnatis non loquitur determinative, sed ait, eos succedere, etsi decimo gradu sint, [illegible] & certo numero pro incerto. De cognatis loquitur determinative: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, §. placebat. sup. de leg. agnat. succ. His jam consequens est, [illegible] Novella 118. etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere, ut etiam in fin. cap. 3. dict. Novellæ omnes deinceps a latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino lib. 2. de jur. nov. cap. 14. & Valent. Forstero dict. tract. lib. 3. cap. 10. in fin. sed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus, bona defuncti ad fiscum devolvi. Grot. 2. manud. 30.

Sobrino sobrinaque nato natave) Bonorum possessio, ait Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, leg. 1. §. 3. unde cognat. Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, lib. 4. sentent. 11. in fin.

Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

Quemadmodum fundamentum successionis antiquæ fuit conservatio gentium; ita Justinianus naturæ secutus simplicitatem, eos ad successionem vocavit Novella 118. quos defunctus quam maxime dilexisse censetur, id quod & aliis gentibus placuisse novimus. Grot. de J. B. & P. lib. 2. cap. 7. §. 3. Quum itaque jam pridem observarent philosophi, ὅτι μᾶλλον συμφιλεῖται τὸ ἀφ' οὗ τῷ γεννηθέντι, ἢ τὸ γενόμενον τῷ ποιήσαντι, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τῷ ἀφ' οὗ, *magis diligere causam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum est, sed ei quasi proprium esse*: præter caussam autem gignentem & genitum magnum inesse momentum ταὐτὸ αἷμά τι, καὶ ταὐτὴν ῥίζαν, *eidem sanguini & eidem radici*: Arist. Ethic. ad Nicom. lib. 8. cap. 12. consequi videbatur, ut successio primum DESCENDERET; si, quo descenderet, non esset, ADSCENDERET; si nec adscendere posset, ad LATUS diverteret. Nov. 118. pref. HEIN.

De successione liberorum.

1 *Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, sexus, gradus, cæteris omnibus in successione parentum præferri; & quæ inde consectaria?*
2 *Duæ causæ, in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3 *Quis succedendi in hoc ordine modus?*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remissive.*

SUccedentium ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit Novella 118. Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hæreditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive feminæ, sive ex masculis, sive ex feminis descendant, & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, adscendentium omnibus & lateralibus præponentur, dict. Nov. 118. cap. 1. (1) Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio Prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hæ-

[illegible]

hæreditatem eamve ad quotcumque hæredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis descendunt, ut bene doctissimus Vigil. in §. *sed hæc 5. sup. de exhær. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potestate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expresse *d. cap.* 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit: vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere, & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, §. *cum filius 5. sup. de hær. quæ ab intest.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. cap.* 1. quod & Div. Gudel. *lib. 2. de jur. nov. cap.* 13. post D. Wesemb. *in part.* ad titul edictum, recte observavit: utut id negent Cujacius *ad hanc Nov.* & Hotom. *ad calcem titul. de hær. quæ ab init.* (2) Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt *l. 3. C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili ususfructus eorum, *Nov. 53. cap. ult. Nov. 117. cap. 5. auth. præterea unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. *comm. de hær. quæ ab int. cap.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est. (3) Nepotes sive soli sint diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes: quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in potestate habuerit, nec ne, *d. cap.* 1. quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores: per §. *ult. sup. de hæred. quæ ab int.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c.* 1. facit §. *6. & d. §. ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. c.* 1. *Nov.* 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio: quibus tamen etiam exæquari sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. dict. tit.* ut diximus *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatusc. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *leg. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco diximus sub *tit. de hæred. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exhæred. liber.*

De successione Parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obvenerint?*

2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur; & in quam partem?*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo. (1) Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Et si quidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c. 2. auth. defuncto C. d. SC. Tertyll.* sin ex diversa tamquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c.* 2. Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, a paterna linea, an a materna, per *d. cap. 2. vers. si autem.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c.* 14. Fab. *Cod. suo, lib. 6. tit. 33. defin.* 2. (2) Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec ususfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. cap. 2. vers. si vero.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov. 117. cap. 1. auth. cessante. Cod. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent, neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap. 2. auth. defunct. C. ad SC. Tertyll.* ubi DD. sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. c. de adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.*

2 *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes succedant?*

3 *Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrant ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna succedant?*

4 *Qui, qua ratione postremo loco vocentur?*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes *d. Nov.* 118. *c.* 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis, cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis; atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, *d. c. 3. auth. itaque Cod. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani: & ad patruos æque ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æque, atque ad filios sororum honoraria, *leg. 1. §. pen. unde cogn.* vid. *supr. de legit. agnat. success. & succ. cognat.* Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius cen-

fuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo contra in capita. Utramque sententiam habet propugnatores, quos vide apud Forster. 8. de success. ab intest. [illegible] 3. Fachini 6. contr. 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. hoc etiam 4. [illegible] l. 2. de [illegible] & legit. l. pen. [illegible] & ult. §. 3. de legit. hæred. nec ostendi potest, Justinianum, quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur. Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, accepturus fuisset, §. cum filius 6. sup. de hæred. ab intest. At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, dict. cap. 3. Nov. 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est; quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in d. cap. 3. eo tantum casu jus repræsentationis filiis fratris concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur: & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium numquam proximitas spectatur, d. §. cum filius 6. & §. ult. de hæred. quæ ab int. in linea collaterali perpetuo [illegible], sup. de l. agnat. success. in princ. & in princ. de [illegible] l. 3. C. de legit. hæred. unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui ajunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, d. cap. 3. hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit [illegible] d. loc. eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quam si dicam, [illegible] filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu [illegible], ergo succedant jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis, quia tertium non datur. Concedo [illegible], fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiores sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani [illegible] filiorum fratrum, tamquam [illegible] quam patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus potius [illegible] germanorum fratrum, & [illegible] item filiorum propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum, Nov. 84. cap. 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, leg. si pater 12. Cod. de inoff. testam. Azonis sententia constitutione Caroli V. in Comitiis Spirensibus confirmata est anno 1529. probatque & Gallicanis Parlamentis. Papon. lib. 21. tit. 1. arrest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. decis. 92. num. 3. Costal. in leg. 1. §. ult. Cod. si pars hæred. pet. & plerisque aliis supremæ jurisdictionis Curiis Thesaur. decis. 162. Ant. Fab. Cod. suo, tit. de leg. hæred. d. fin. 1. Christin. vol 1. decis. 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula dict. cap. 3. Nov. 118. enucleatius examino, vereri cœpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis dict. cap. 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. dict. loc. eam sic limitemus, ut eo dumtaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius lib. 2. Select. quæst. cap. 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, dict. Novella 118. cap. 3. auth. post fratres. Cod. de legit. hæred. Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem: licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. leg. 8. cap. 8. Gomez. ad leg. Tauri 8. n. 8. Gudel. lib. 2. de jur. nov. cap. 15. (3) Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentem liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. Forster. lib. 7. cap. 4. num. 6. & seqq. Fachin. 6. contr. 4. Covarruv. epit. de success. ab intest. num. 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistincte vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem distinctione bonorum consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ verb. [illegible] a communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti a matre cognatio, aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si unde bona obvenerint; non jus succedentium consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos a germanis non excludi. Alvarot. in tit. de success. fratr. §. in [illegible], lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. part. 3. num. 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna dumtaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submoverit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in dict. cap. 3. Novella 118. pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio [illegible] in leg. 2. de emancipatis 13. §. 2. Cod. de legit.

hæred.

hæred. & *Novella* 84. *cap.* 1. §. 2. Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam Div. Gothofred. *ad dict. leg.* 13. notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & ususfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ a matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint eiusdem gradus, in capita familiam dividitur, *dict. Novella* 84. *cap.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios, alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plene diximus sub §. *pen. de succ. ff. cogn.* De lateralibus adoptivis ad §. *de legit. agn. success.*

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisios.

1 *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi?*
2 *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?*
3 *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio?*
4 *Jus uniforme introductum constitutione polit. anno 1580. sed ab eo recessum ann. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5 *Communia utriusque juris in successione descendentium & adscendentium.*
6 *Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo, quid juris apud Meridionales, ubi viget constitutio politica?*
7 *Quæ circa successionem collateralium juxta dictam constitutionem in universum tenenda?*
8 *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.*
9 *Quid si nec fratres, nec fratrum filii aut nepotes extent? & quid si aliqui dict. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum?*
10 *Forma succedendi apud Septentrionales & VVestfrisios ex placito de successione ab intestato edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentum superstitem habeat.*
11 *Decisio controversiæ cujusdam ortæ ex verbis finalibus art. 3. d. plac.*
12 *Quomodo successio collateralium juxta d. plac. procedat?*
13 *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur?*
14 *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteris?*
26 *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant?*
16 *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17 *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum?*
18 *Quomodo & quibus in bonis prædictæ constitutiones non obtinent?*

In his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant, altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Adirgicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Drodrachum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noord-hollandia, Kennemarlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna huius territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, 't *Goeds moet gaen van daer 't gecomen is*: hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit: sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non extarent, prima in successione causa utriusque simul parentis erit, nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Incidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita ann. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur, hoc nimirum, 't *Naeste bloedt, beurd het goedt*, id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quam adscendentium, atque adscendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio, ut patri & avunculi, amitæ & matterteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. (4) Plura qui hic nosse desiderat, adeat D. Neostad. *dict. pact. antenupt. observ.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manud. de Jurispr. Batav. cap.* 28. Joh. Arnold. Covin. *in erot. subj. tit. lib.* 3. *inst.* Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque uniforme conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus Provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico assueti erant, exceptis paucis mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut a jure majorum, prætertim quatenus parentibus favebat, tam longe, quantum dict. constitutio, recederent, concessum

postea est his quærentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de successione ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus parentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus, alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Nord-Hollandia & Westfrisia, illic eo, quod in communione sancitum est an. 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

(5) Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut ulteriorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quanta parens eorum laturus fuisset, *art. 20. const. polit. art. 1 plac. de succ. ab intest.* in quo nihil dissonum a jure Romano: uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid a parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamque, id fratribus cohæredibus in divisione hereditatis conferre debent, *art. 29. d. const. polit. l. pen. §. 1. 1. C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Westfrisiam utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illad quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, si e pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Justinianus, *art. 21. dict. const. & art. 2. d. placit.* Altero vero parente mortuo: jus variat. In communi autem successione si forte hereditatis causa masculorum [illegible], memento, me eam [illegible] inter fœminas complecti. (6) In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico, [illegible] utebantur, recepta est in omnibus partibus [illegible] constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut altero e parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes a successione excludatur, [illegible] quis [illegible], rupto [illegible] [illegible], ad liberorum suorum successionem [illegible] possit, *art. 22. & 26. d. const. polit.* Ubi si in [illegible] paterna vel materna aut utraque reperiantur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti [illegible] ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 25. d. const.*

De successione collateralium juxta *d. const. polit.* hæc [illegible] & in [illegible] tenenda sunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes [illegible] per [illegible] parentem [illegible], a successione removentur, ita nec alios laterales per eundem parentem superstitem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in [illegible] ex parte venire posse. Secundo mortuo utroque parente, hereditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum a parte patris, an a parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno duntaxat parentum mortuo, totam hereditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei cæterique collaterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de successione edita anno 1594. Postremo & illud sciendum, quamquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus repræsentationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusive. (8) Ubi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filii: fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art. 28. d. constit. polit.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente, vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas: ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art. 28. & seqq. d. const. polit.* (9) Si nec fratres nec fratres filii aut nepotes extent, tum hæreditas, ut dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. const.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos, sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, heredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes, & deinceps, quamvis quarto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo, aviæ, & qui supra hos sunt ascendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expresse per *dict. const.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art. 19.* sed secundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

(6) Apud Hollandos autem septentrionales & Westfrisios, qui ante tempus illud jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma successionis ex placito de successione ab intestato anni 1599 [illegible]. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione agitur, & qui [illegible] liberos [illegible], parens superstes una cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur, *art. 3. d. plac. de succ. ab intest.* Cumque jure Romano

paren-

parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *dict. Novell.* 118. *cap.* 2. hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes: cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad solam parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art.* 3. *placit. de succeff. ab intest.* parum convenire videtur: sed tamen hoc favore ea re exorta inter parentem superstitem & fratrem ex parte præmortua matre, Curia provincialis secundum fratrem pronunciavit: & appellatione quoque deinde interposita, sententia Curiæ a supremo Senatu approbata est. D. Corn. *observ. rer. a supr. S nat. jud.* 29. Cæteri ascendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita, *art.* 7. *d. plac. de succeff. ab intest.* Enimvero si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quam ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores ascendentes superstites habeat, hoc casu placet, prædictos fratres eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantum: alter semis proximo memoratorum ascendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art.* 6. *dict. placit.*

Collateralium autem successio sic secundum *dict. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes, qui hic etiam altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo, ad universa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræsentationis, *art.* 4. *d. placit. de succeff. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt, *d. art.* 4. Quod si vel consanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo semisses fiunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumque item filios aut nepotes dividitur: alterum soli sibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art.* 4. Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiunt, extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur, quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei, sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt: nisi forte avus aviave, aut supra hos alii adscendentes, defuncto per alterum latus juncti superfint: quo casu placet, memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis duntaxat; in alterum semissem prædictos avum & aviam, aliosve adscendentes pro virilibus portionibus venire, *art.* 6. *d. plac.* Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia, & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum superfit: atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. plac. art.* 7.

Adscendentibus denique cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quæritur, utrum progeniti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis, uterinisve, *art.* 8. *d. plac.* Ac tametsi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum duntaxat, *art.* 9. *de plac.* (14) Si nec patrui nec avunculi extabunt, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniant, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat a fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum consobrinis æqualiter succedunt, *art.* 10. In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art.* 11. *d. plac.* Cæterum si defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc casu fratrum filii succedunt in capita, nepotes fratris in stirpes seu jure repræsentationis, *art.* 12. Porro nulla in successione in locis commemoratis, ubi viget *dict. placit. de succeff. ab intest.* attenditur, unde aut a qua parte bona profecta sint, neque utrum sint hæreditaria, an ex quæsita, aut aliunde obvenerint, *art. dict. placit.* 19. Postremo si quid incidens videri posset, *dict. constitut. de succeff. ab intest.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, ut nominatim cautum *art.* 14. *d. constit. de succeff. ab intest.* Illud etiam sciendum est, prædictas constitutiones DD. ordinum non aliis locum habere, quam si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art.* 19. & 29. *placit.* aliter cautum non proponitur. Successionibus quoque feudalibus nihil iis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis propria & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit Div. Neost. piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quondam Sena-

Senator. add. D. Hug. Grot. introduct. ad Jurisp. Batav. lib. 2. cap. 41.

TITULUS SEXTUS.

DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

TEXTUS.

Continuatio, & Cognationis divisio.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Qua in re inprimis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum; inferior liberorum; ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et superior quidem & inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, a secundo.

COMMENTARIUS.

1. *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat; & cur seriem generationum gradus Jurisconsulti vocitent?*
2. *Qua serie gradus numerentur tam in cognationis linea recta, tam in laterali?*

NOn unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet. nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire censuerunt, & edicto Prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de gradu & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam ceteri cognati, servata graduum prærogativa vocantur. *Nov. 118. c. 4. & 5.* Propterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur, *l. 4. de test. d. l. ult. de gradu & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maxime post jus Canonicum, quod hic diversa a jure civili dinumeratione uti cœpit. quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duntaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quemodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus concurrunt, gradus ipsos deinde specialiter enumerat. [illegible] vocant ipsam generationem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult. § gradus 10. de gradu & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso.) Linea graduum cognationis duplex est: una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum, &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant a communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit a primo gradu: transversa autem incipit a gradu secundo, *leg. 1. §. 1. l. ult. §. ult. 9. de gradu & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur a patre: & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit; quam de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi caussa, a fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit serie nonnihil diversa. Etenim cum a latere ad latus perveniri non posset, nisi per eum transeas, a quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον ἀνελθόντα, ut Theoph. *de leg. agnat succesf. in princ.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso quæritur. Quamobrem si quæratur frater quoto gradu a fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus a patre meo: hic habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione si quæras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium, qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus contentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. & 2. gradu.

1. *Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcis μήτρως dicitur, & uterque promiscue θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græce πατραδέλφη appellatur. Matertera vero matris soror, quæ Græce μητραδέλφη dicitur: & utraque promiscue θεία appellatur.*

COM

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil est, quod Interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Cajum *l.* 1. §. 2. *& 2. seqq. de gradu & affin.* & quædam etiam desunt: quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατραδέλφη & μητραδέλφη apud Caj. Hotom. Cont. Wesemb. legitur πατρῶος & μητρῶος, quomodo & Theoph. habet. Illa autem πατραδέλφη, & μητραδέλφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione fœminina: & diserte Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν πατρὸς ἀδελφὴν πατραδέλφον, τὴν δὲ μητρὸς μητραδέλφον appellari: Θεῖος & Θεῖα communia nomina esse constat, quibus promiscue fratres & sorores tam patris, quam matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ & ... τιτθὴ*, quod interserit etiam Theop. quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Plane Polluci τιτθὶς est μητραδέλφη. Hesychio & Suidæ θεῖα tam patris, quam matris soror, sed apud hos legitur τηθίς. Fratris sororisque filii & filiæ specialе cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio* 14. *de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine recte notantur a Div. Giphanio. Æacus Platonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius, Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN. Dicuntur & NEPOTES, quamvis ea notio sequiorem Latinitatem sapiat. Vide Casaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voss. *de vit. Serm. c.*27. Attamen Ovid. 3. *Pont. eleg.* 3. ad Cupidinem.

Cæsar ab Ænea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barth. ad Guill. Brit. p. 431. Sæculo 4. Licinium *Constantini ex sorore nepotem* vocat Hieron. *Chron. n.*2330. & Orof. *lib.*7. *c.*28. Quæ loca suppeditat V. C. Christ. Cellar. *in Cur. poster. p.*235. HEIN.

T E X T U S.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos proneptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror; consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos, eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascantur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

N O T Æ.

4. *Quidam recte consobrinos, &c.* Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellantur, qui quæve ex duabus sororibus, consobrini, consobrinæque, quasi consororini, qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l.* 1. §. 6. *l. ult.* §. 15. *h. t.* ubi tamen Jurisconsulti testantur, hos omnes a plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre & sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt fratres & sorores patrueles proprie appellari: qui quæve ex duabus sororibus, consobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.* 1. §. *quarto* 6. & Paul. *l. ult.* §. *quarto* 15. *de gradu & affin.* ubi tamen hos omnes a plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur, quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet τῷ *consobrini*. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fine hujus* §. etiam Justinianus indicat; tamen ex sorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos: nam avunculi filii non alio nomine proprie appellare possunt, quam consobrini. In lege Pompeia de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *l.* 1. *de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem consobrinos interpretari cum Bachov. tum quia non debeant consobrini præponi patruo & avunculo: tum etiam quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. 6. *obs.* 17. ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem sororemque consanguineos matruelem, ὁμομήτριον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eumdem patrem habent. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

T E X T U S.

Quintus gradus.

5. *Quinto gradu supra atavus, atavia: infra adnepos, adneptis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ, filius, filia.*

N O T Æ.

5. *Propior sobrino)* Dicitur & propior sobrino, *dig. leg.* 1. §. *ult. l. ult.* §. 16. *vers. personæ*, *eod.* & propior

pior ſobrinus, *l.* 2. *Cod. unde leg.* Græci [illegible] appellant in *l.* 2. *C. comm. de ſucceſſ.*

COMMENTARIUS.

P*Ropior ſobrino*) Propior ſobrino, ſobrina, & propius ſobrino, ſobrina, item propior ſobrinus, ſobrina: & propius ſobrinus ſobrina, recte omnimodo dicetur *l.* 1. §. *ult. l. ult.* §. *quinto* 16. *verſ. perſonæ de grad. & affin. l.* 2. *Cod. unde leg.* Paul. 4. *ſent.* 11. Feſtus in verbo *propius*. Uſitatius tamen eſt *propior ſobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* 64. dixit *ſobrino prior*. *Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Auguſto, Agrippinæ ſobrinæ prior*, &c. *parem ſibi claritudinem credebat*. Neque enim neceſſe eſt, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipſius. Eſt autem propior ſobrino, ſobrina, patris ejus, cujus cognatione quæritur, conſobrinus, conſobrina, *dict. leg.* 1. §. *ult. & l.* 2. *eodem*, uti viciſſim ille eſt conſobrini filius, *dict. leg.* 1. §. *ult. & hoc text.* Sic Lepida cum eſſet Germanico, patri Agrippinæ, conſobrina, nam ab Agrippina vocata eſt ſobrina propior) Agrippina illi conſobrini filia. Vero ut confuſa eſt utriuque amitini & conſobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori ſobrino ego etiam voce propior ſobrinus, *leg.* 2. *Cod. unde leg.* l. eſt. *dict. loc.* ubi ait, propius ſobrino mihi eſſe conſobrini mei filium & patris mei conſobrinum.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu ſupra tritavus, tritavia, infra trinepos, trineptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id eſt, abavi frater & ſoror: abavunculus, abmatertera, id eſt, abaviæ frater & ſoror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia: item propius ſobrino, ſobrinave filius, filia: item conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis: item ſobrini, ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus vel ſororibus patruelis, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.*

COMMENTARIUS.

I*Tem propius ſobrino, ſobrinave, filius filia*) Hæc verba omnino inducenda ſunt, ut ſuperflua. Etenim filii & filiæ propioris mei ſobrini & ſobrinæ, aut ſunt mihi nepotes ac nepotes conſobrini & conſobrinæ, aut ipſi mihi ſobrini, & ſobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent; neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno, aut Weſembecio neceſſe eſt. Omnino enim male Gothofredus verba iſta retinuit, illa autem, *item conſobrini*, &c. expunxit.

Item conſobrini, conſobrinæ, nepos, neptis Hotomannus ex Cajo *l.* 3. *de gradib. & affin.* ſic reſtituit. *Item fratris patruelis, ſororis patruelis, conſobrini, conſobrinæ, amitini, amitinæ, nepos, neptis.* Nulla tamen neceſſitate: quoniam, ut ſupra notatum eſt, generali conſobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus) Sobrinorum nomine, et patruelium & conſobrinorum, inter ſe referuntur, ut qui mihi ſobrinus eſt, ego ei viciſſim ſum ſobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco exiſtimet, fratris, patruelis, &c. filium ſobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc eſt, utrinque ſobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus ex amitino & conſobrino, ex duobus item conſobrinis nati ſunt: quos non *achterſuſter Kinderem* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina deſinunt, *l. ult.* §. *ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe ſemper generata perſona gradum adjicit: ut longe facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu ſit, quam priore cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. *Generata perſona gradum adjicit*) Id eſt, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum conſtituendus erit numerus graduum. Jus autem Canonicum alia denumeratione utitur in linea tranſverſa; quæ tamen in cauſis matrimonialibus dumtaxat ſervatur, *v. t. ad ſedem c. parentela c.* 35. *q.* 5.

COMMENTARIUS.

G*Enerata perſona gradum adjicit*) Quantum numerus generationum, tantundem excreſcit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæſtione propoſita videndum, quot inter utramque perſonam generationes exſtiterint, atque ex earum numero conſtituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

De gradibus agnationis.

8. *Agnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIUS.

R*Ecte* Hotomannus hunc locum ſic interpretatur, non quaſi Juſtinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, ſicut cognationis; tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta: ſed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione creſcere, nimirum ut ſemper perſona generata adjiciat gradum.

TEXTUS.

De graduum deſcriptione.

9. *Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo neceſſarium duxi-*

ximus, post narrationem graduum, etiam præsenti libro inscribi, quatenus possit & auribus & inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

COMMENTARIUS.

REi cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *περὶ αἰσθήσεως* hanc affert, quod aspectus per se ac vi sua, nullius alterius opera percipit: auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ absunt fere, & ideo non ita movent. Poeta *in arte*, *v.* 180.

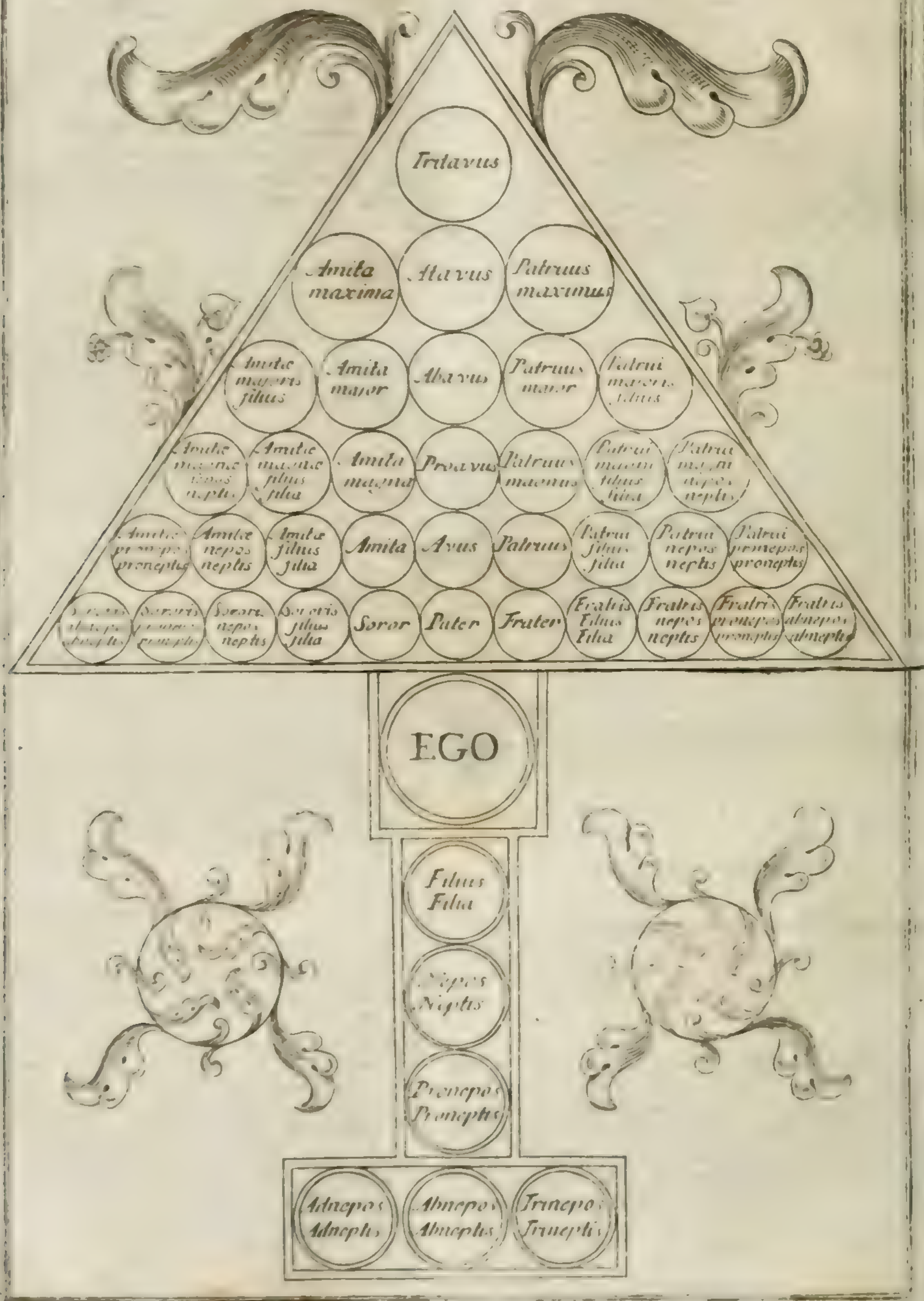
Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quæ sunt oculis subjecta fidelibus.

Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Poly. 12. [illegible]

Præsenti libro inscribi. Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari, & in tabula repræsentari potest, quod cum etiam a plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.



TYPUS HIC REFERENDUS EST AD paginam .§ IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



TITULUS SEPTIMUS.

DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 4.

T E X T U S.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat , & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere, vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus, & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant; patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eodem patre sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis, ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

N O T Æ.

Liberum vel liberos) *Liberum*, numero unitatis, vers. *sup.* §. 2. *per quas pers.* Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l.* 148. *de verb. sign.* VINN. Eodem modo loquuti sunt veteres quidam. Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit*. Add. Quintil. *Decl.* 11. *l.* 33. *Cod. de inoff. test.* Ex instituto ea de voce disputant Voss. *de analog. lib.* 1. *c.* 42. Munker. *ad Hygin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lat. vet. Jurisconf. pag.* 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis) Vide comm. etiam Cujac. & Hotomann., *qualicumque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere, sed cohærere titulo præcedenti, cuius etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age, rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimirum hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti Prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cognat.* & Paul. *l. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt; nam quamdiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l.* 4. *C. Commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio) In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, §. *illud* 10. *sup. de nupt. l. adoptivus* 14. §.2. & 3. *de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur: hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *d. leg. ult.* §. *non parcimus* 5. *de grad. & affin.* Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc, neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

Sed nostra constitutione) Desideratur hæc constitutio. Epitomem ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque a se repertam, Cujacius exhibet, *lib.* 20. *obs.*34. in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, §.3. *seq. tit.*

Humanitate suggerente) Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest, potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem) Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, a quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam) Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expresse statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d.* §.3. *vers. sin autem tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l.*2. *C. de SC. Tert.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni; utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l.*4. *C. de bon. quæ lib.* 1. *l. ult. C. comm. de succ.* ad quod jus Tribonianus *d. l.*2. interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur) Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis) Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuscriptorum & Theophyli, apud quem

tan-

tantum est, [illegible]. Ut haud verborum, sive ex alio, sive ex [illegible] & diverso patre, sive ex alia & diversa matre. Sed contra hos insurgit [illegible], & maxime in Cujacium. Ergo in hac eorum lite Palæmon.

T E X T U S.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatione, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater, ut supra quoque tradidimus, primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognatus, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex eo editus, vel ex feminino sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum hæredum, quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat: secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite diminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.*

N O T Æ.

1. *Exceptis fratre & sorore emanc.*) Ex constitutione Anastasii §.1. *sup. d. t.* Item sorore uterina & sororis [illegible] fratris uterini filiis & filiabus, §.4. *sup. de leg. agn. suc.*. Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt, Nov. 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt: in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium, sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum patruis suis veniunt, patruisque defuncti, eorumque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

C O M M E N T A R I U S.

HIC locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse successionum prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illam autem, quam hujus potiorem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posteriore ordine quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem.) Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis, qui cum illis concurrere nunquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur: hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus; agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.) Agnati quoque & cæteri legitimi successores collati cum cognatis præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cognat. in princ.* Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum: quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est, *Nov.* 118. *c.*3. si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusconsulto Tertylliano §.3. *& seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum Jura confusa sunt, *d. Nov.* 118. ubi Justin. tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur, inter ipsos autem succedunt tantum proximi, *d.*§.*Nov.* 118. *c.*2. & *Nov.* 127. Lateralium quoque proximi solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUC usque disseruit de successione ingenuorum; sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege duodecim Tabularum constitutum fuit; aliud Prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia: postremo aliter hanc causam definivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

T E X T U S.

Qui succedunt? De lege duodecim Tabularum.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire.

Nam ita demum lex duodecim Tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

COMMENTARIUS.

1. *Legem duodecim Tabularum non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem? &c.*

NAM *ita demum lex duodecim Tabularum*) Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo duodecim Tabularum licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est. Lex duodecim Tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus, nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto) Intestato liberto mortuo, lex duodecim Tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. Ulp. *leg. 3. in pr. de suis & l. & in fragm. tit. 27. & tit ult. in pr.* ubi sic scribit: *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim Tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius lex patrono, nihil præstat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. (1) Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Recte Vinnius observat patronum liberto loco agnati fuisse. Diserte id dicit Justin. in constitutione græca: quam ex Basilicis primus extulit Cuiac. *lib. 20. obser. c. 34.* Ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερωθέντων οἱ ἐλευθερώσαντες αὐτούς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται ἐκ τῆς νομίμου διαδοχῆς. Ὥσπερ ἐπὶ τῶν ἀγνατῶν οἱ κατὰ βαθμὸν ἐγγύτεροι καλοῦνται, οὕτως καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati liberorum patroni censeantur, hinc & vocantur ad legitimam successionem. Quemadmodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum.* Inde est, quod & nomina patronorum & cognomina adsumerent liberti. Vid. Lact. *Inst. div. lib. 4. c. 3.* Car. Sigon. *de nom. prop.* 1418. VINN.

Si adoptivus filius, aperte iniquum) Patronum a liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est; at iniquum visum, eumdem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis. Cur vero inquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquis agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomanus, Prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alicqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. lib.* Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repeni. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege 12. Tabularum civibus omnibus datæ.

T E X T U S.

De jure Prætorio.

1. *Qua de causa post Prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est, Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret, & si aut nihil, aut minus parte dimidia relinqueret, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur: suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æque patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto Prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

N O T Æ.

1. *Dimidium bonorum*) Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

Æque patrono dabatur, &c. bonorum possessio) Theophi καὶ ἐφ ἐδίῳ contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Quid enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

Si modo ex aliqua parte scripti) Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhæredati nullo modo, &c.) Intellige, nisi per querelam testamentum, ut inofficiosum evertissent.

COMMENTARIUS.

PRætor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coercuit, jussitque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est, is hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure Prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes instituerit, quippe a quibus & non facto testamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in princ.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo) Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit Prætor. Nam lex duodecim Tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Edicto vero Prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati) Liberi naturales in adoptionem dati, quandiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, *§. at hi 10. & 12. cum seq. sup. de hæred. quæ ab intest.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula se-

sequeras, si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, adjecti est.

Aut praeteriti contra tabulas) Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerant, §. *eadem* 12. *sup. de hered. quæ abint.*

Exhæredati nullo modo) Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius *hic*.

T E X T U S.

De lege Papia.

2. *Postea vero lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores, quam tres liberos habebat, sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat, virilis pars patrono debeatur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Sestertius & sestertium an idem valeant?*

SEcunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos) Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium) Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebunt: pro quo præcise dixit Africanus rem centum, *l. libero* 26. *de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *leg. si libertus* 16. *de jur. patron.* Etenim, ut docet Homot. *lib. de re numm.* duplex veteribus enunciandi usus fuit, interdum plena oratione ut diceret, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic: interdum præcise, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto* 26. Ubi per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia eum intelligere certum est. (1) Quod autem Cantiuncula & Mynsingeras hic scribunt, atque in Dictionario suo prodidit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui primus *lib. de esse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitante Hotom. inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere a probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa a Poetis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius sestertium neutrum genere eadem significatione usurpari a Poetis, qua masculino a cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat; nam nec Hotom. id docuit, sed Agricola: & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotom. demonstrat *c. 22. d. lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia a Poetis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra* 4. Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait *vers.* 15.

—— Multum sex millibus emit,
Æquantem sane paribus sestertia libris.

quod priore versu de quo minoribus sestertiis Poeta dixerat, sequenti de majoribus enunciat: significat enim, totidem libras malum istum pependisse, quot sestertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent; decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hactenus habuimus expectamus a D. Salmasio, VINN. Addi ad hunc locum potest V. C. Jac. Perizon. *de leg. Vocon. pag.* 171. Nos quoque rem expendimus *in Comm. ad leg. Poppæam cap. ult.* HEIN.

Pauciores quam tres liberos; virilis pars patrono) Lex Papia patronum liberti centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores, quam tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestato) Reponendum omnino cum Russard. Cujac. Cont. Hotom. *testatus*, Theophilus, ἐπὶ διαθήκῃ, *condito testamento*. Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto Prætoris, quam ex lege duodecim Tabularum, *sup. in princ.* & §. 1. Cujac. 3. *observ.* 13.

Si tres, repellebatur patronus) In hoc igitur differt lex Papia a jure Prætorio, quod Patronus a Prætore repellebatur, etiamsi libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, Patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

T E X T U S.

De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus), ita hujusmodi causam definivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam; (sic enim legis Papiæ sum-*

summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successiones, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim Tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem ac patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleantur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita sine onere, ut nec liberis liberti liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus a nobis in præfata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris prospeximus; ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumque vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocentur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

NOTÆ.

3. *Nostra constitutio*) Mox extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *observ.* 34.

Pro mille sestertiis unus aureus) Eum antea unus aureus responderet tantum sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

Vel fideicommissa) Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. poss. cont. Tabb. *l.* 1. *de l. præst.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *leg.* 4. *de cond. & dim. l.* 64. §. *ult. ad SC. Trebell.*

Usque ad quintum gradum) Mynſ. & Pac. putant, hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis, *πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπέγγονοι τετάρτου οἱ ἐν τετάρτῳ βαθμῷ καὶ μόνοι τὸ τρίτον μόνον* Adduntque *καὶ μόνοι*, id est, soli; nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur, ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronum liberi, ut iterum verba ostendunt, *ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος καὶ οἱ παῖδες αὐτοῦ κλῆρον μετίωσι τὸν ἀδιαθέτου.*

Qui proximior est, &c. & in capita) *l.* 13. §. 3. & *seq. de bon. libert.* Ulpian. *tit.* 27. §. 1. & *seqq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberi; ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

COMMENTARIUS.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure Prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit: causamque sic in summa definivit, ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus, sive intestatus, cum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent hæreditati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem Prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet, verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus) Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hic substituit *centum*, uti paulo ante pro *centum mille*, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis) Quid si adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti, cujus sententia verior videtur, *arg. p. hujus tit. in fin.* §. 1. *in princ.* item constitutionis Græcæ relatæ a Cujac. *lib.* 20. *obs.* 34.

Vel mater sive avus maternus) Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, §. *ult. supr. de exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *supr. tit de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra repleatur) Intelligit haud dubie constitutionem *l. omnimodo* 30. *Cod. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere) Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant, l. 32. *Cod. de inoff. test.* junct. *hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l.* 4. *de cond. & dem. l. si ejus* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Usque ad quintum gradum) Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsigero *ad hunc locum* & §. 2. *infr. de bonor. possess.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. *observ.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex *l. liberorum* 220. *de verb. signif.*

Qui proximior est) Si unus pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *leg. si libertus* 23. §. 1. & *seq. de bon. libert.* Ulp. *t.* 27. §. 1. & *seq.* Non est huic contrarium, quod de liberis su-

pra relatum est, eos parentum suorum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *leg. 2. §. 2. unde leg.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

T E X T U S.

Quibus libertinis succeditur?

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dedititiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit D. Trajani edictum, quod eumdem hominem, si invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinavit, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum D. Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

N O T Æ.

3. *Dedititiis & Latinis sublatis leg. unic. Cod. de ded. lib. toll. leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. v. sup. §. 3. de libert.*

C O M M E N T A R I U S.

Olim non omnes libertini ejusdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut Dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi, quod *lib. 1. de libert.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones nullæ) Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque ex testamento hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati legitimos hæredes habere poterant, *leg. 1. in princ. de suis & leg.* Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariæ, ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto Prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde leg.*

Jure quodammodo peculii) Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona, cujus non tamquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes, quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum) Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce. I. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota a via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifeste contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *leg. un. Cod. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in princ.*

Divi Trajani edictum) Edicto Divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus quasi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. leg. un. in princ. §. ult. Cod. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione) Ea est *d. l. un. Cod. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *leg. in orbe 17. de stat. hom.* ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissime libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis, *Novell. 78.*

TITULUS NONUS.

DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Digest. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

HIC titulus moderationem continet proxime præcedentis. Nam quod generaliter ubi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur: nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *leg. Assignare 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoriis exclusis, *leg. 1. in princ. hoc tit.*

TEX

T E X T U S.

An assignari possit, & quis assignationis effectus?

In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineat; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est; & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

N O T Æ.

Assignare libertum) Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. 107. de verb. signif.* id est, Jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. VINN. Idque concessum SC. sub Claudio anno U. C. DCCXCVIII. Suilo Rufo, & P. Ostorio coss. Ipsa legitima SC. verba habes in *l. 1. ff. hoc tit.* HEIN.

C O M M E N T A R I U S.

L*icere parenti*) Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, *d. l. 1. hoc tit.* quod tam arcte acceptum, ut liberi manumissoris liberum paternum, quantumvis a parente sibi adsignatum, liberis suis adsignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, *l. 8. eodem*.

Ita demum pristinum jus recipiant) Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignati ne quæsitum transmittitur: quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulpian. *d. l. hoc tit. Utique si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia serventur, ac si nihil de eo liberto eave libertatis parens significasset.*

T E X T U S.

De sexu assignati, & sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam, & non tantum filio nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.*

C O M M E N T A R I U S.

S*Ed etiam libertam*) Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive) Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptive, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *leg. 3. §. 1. hoc titul.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

T E X T U S.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos pluresque liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, adsignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere, quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

C O M M E N T A R I U S.

Q*UI duos pluresve liberos in potestate*) Cum adsignare nihil aliud sit, quam Juspatronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni proprie ac peculiariter attribuere, in eumque solum derivare, non est existimandum, dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat; aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex duodecim Tabularum jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ conclusit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere) Non tantum emancipato facta adsignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit, congruit *l. 1. in fin. eod.* De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, quæ in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam sequitur, ut in specie *leg. 9. eod. l. ult. de lib. & potest.* Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipato utilis fieri non debet: ita censeo cum Cujac. VINN. Ergo cum Em. Merill. *Obs. lib. 7. cap. 13.* ita conciliare malim textus, quod possit pater & emancipato libertum assignare, per ea, quæ tradit Modestinus *l. 9. ff. hoc tit.* si tamen de suo adsignarit, eumque postea emanciparit, expirare assignationem, per §. 2. *Inst. hoc tit.* quia pater, dum emancipat, mutasse voluntatem censeatur. HEIN.

T E X T U S.

Quibus modis aut verbis assignatio fit? & de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis adsignat, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudiani temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

ADsignari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis; epistola, chirographo, pure, sub conditione; denique nutu etiam, *l. 1. §. 7. eod.* quod proculdubio ex verbo *significasset*, quo Senatus utitur, sumptum est; & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid? argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis *§. ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* primus & praecipuus expositus est, scilicet ratio acquirendae haereditatis jure civili tum testamento, tum ab intestato delatae. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea haereditatis acquirendae ratio, quae est ex jure Praetorio per bonorum possessionem, de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure Praetorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc. tit.* est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quae cujusque cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularum, quae facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: uti haec duo praeter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam haereditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. & l. 2. eod l. 117. de reg. jur.* unde a Graecis dicitur ἡ κατοχὴ ἀναδοχή. Tantum in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositae fuerunt, recensentur, ac mox quibusdam remotis quaedam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendae.

TEXTUS.

Cur introductae bonorum possessiones? & quis sit earum effectus.

Jus bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum haereditatibus vetus jus eo modo Praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus haeres fuerit institutus, quamvis haereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum a Praetore adjuvabatur. Sed & is a nostra constitutione hodie recte instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, Praetor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte testamento facto haeredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos haeredes & agnatos ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet haereditas jure civili. Quos autem solus Praetor vocat ad haereditatem, haeredes quidem ipso jure non fiunt: nam Praetor haeredem facere non potest; per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem haeredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cum eis Praetor dat bonorum possessionem, loco haeredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus Praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum haereditatum Praetor ex bono & aequo dilatavit.

NOTAE.

Bonorum possessionis) Haec secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quae propositae *supr. §. ult. per quas pers.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam haereditas, *l. 4. & 3. h. t. l. 117. de reg. jur.* Greci ἀγαθῶν διακατοχὴν appellant, & πραιτορίαν διαδοχήν.

A nostra costitutione) Haec constitutio non extat, fac. *d. 26. supr. de leg.*

Ipso jure non fiunt) Ipso jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, *§. 11. infr. de act. 1. infr. de perp. & temp. act. l. 9. §. usufr. q. cav.* Igitur haeredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili haeredes, etsi adeant haereditatem, aut pro haerede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure haeredes existere.

Per Senatusconsulta) *l. 9. d. tit. supr. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Constitutiones Principum) Exemplum habes *§. 3. & 4. supr. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. haer.*

Alios complures gradus) Id est, ordines, τάξεις, ut saepe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

Ex bono & aequo) Nam Praetor & alios successorum ordines fecit, & ordinem, graduumque successionem admisit *tit. de success. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando Praetor circa successionem jus vetus emendarit?*
2 *Quaenam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratiae introductae? & quam utiliter?*
3 *Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, haeredes, an bonorum successores efficiantur?*
4 *Cur Praetor haeredem facere non possit?*
5 *Bonorum possessores vi ipsa haeredes esse, & jure Praetorio dominium rerum singularum consequi: quid a plerisque minus bene perceptum?*
6 *Scopus Praetoris in introducendis bonorum possessionibus.*

EMendandi juris veteris gratia) Supra didicimus, legem 12. Tabularum successiones ab intestato tam an-

angustis finibus conclusisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea vero multas personas, tum inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas a Prætore, Senatusconsultis, constitutionibus Prætorum etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. (1) Hoc significat Justinianus, cum ait, Prætorem bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa; emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperit. Ajo, jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis Prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, *l. non est* 12. §. 2. *h. t. l.* 12. §. 4. *de pub. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis usus est Prætor & in hæreditatibus eorum qui testati decesserunt dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis hæredibus institutis, *l.* 3. *sec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, §. *eod.* 12. *sub de hær. quæ ab intest. def.*

Si alienus posthumus) Qui dicatur suus, qui alienus posthumus: item cur alienus posthumus jure civili hæres instituti non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus *lib.* 2. *sub tit. de legat.* §. *posthumo* 26. add. & quæ sub §. 2. *sus de exhær. lib.*

Honorario jure bonorum possessor) *d. l.* 3. *sec. tab. l.* 6. *de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris & simul institutionis & legati respiciens dixit alibi posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse, §. *posthumus* 26. *supr. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia) Ait, quasdam bonorum possessiones a Prætore etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam recte institutis hæredibus Prætor pollicetur; altera ab intestato; eaque item duplex, *unde liberi*, & *unde legitimi*, quantum ad illam etiam suos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæredes instituti) Hæredi testamento recte instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem *secundum tabulas*, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, Prætorem ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas dumtaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, *l.* 2. *C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulp. *tit.* 23. §. *si septem* 6. & *tit.* 28. §. *etiamsi* 6. §. *posth* 12. *de injust. rupt. irrit* §. *non tamen* 6. *supr. quib. mod. test. infirm.* Cæterum progressu temporis jus Prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui recte hæredes instituti erant, aliique qui jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis Prætoriis uterentur, veluti interdicto *quorum bonorum l.* 1. *quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus quam cum hæredibus, *l.* 3. §. *acquirere* 7. *hoc tit. leg.* 1. & *ult. qui adm. ad bonor possess.* bonorum possessionem peterent; edictumque postea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quam adeundo hæreditatem, *leg.* 3. §. 1. & 2. *hoc tit. junct. leg. cum hæred.* 23. *de acquir. possess.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem a Prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. Wesemb. *par. hoc tit. num.* 8. D. Diod. Tuld. *in comm. hic c.* 1.

Suos hæredes & agnatos) Suos hæredes ad bonorum possessionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum possessionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ex jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principalis scopi bonorum possessio *unde liberi* comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit, §. *emancipati* 9. *sup. de hær. quæ ab in.* tamen suos etiam hæredes Prætor edicto complexus est, *l.* 1. *unde liberi* & agnatos quoque & cæteras personas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior, inque eo juris civilis se adjutorem præbuit. Οὐκ ἐναντιοῦται ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Heermop. ad *l.* 117. *de reg. jur.* ὁ πραιτώριος νόμος φιλανθρωπότερος, *jus Prætorium humanius est*. Hinc illustratur *leg.* 7. §. 1. *de just. & jur.* & §. *Prætorium* 7. *sup de jur. nat. gent. & civil.*

(3) *Solus vocat Prætor*) Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus Prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, *leg.* 2. §. *si duo* 8. *sec. tabul.* hoc, quam illo jure, succedere maluerit? Hoc etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici; ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros recte censet Joannes Faber. Quin amplius, nec suum hæredem, qui *secundum tabulas* aut *unde liberi* accepit, existimo alias, quam utiles & Prætorias actiones exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent; quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, *arg. leg.* 7. §. *sed quod Papinianus*, 10. *de minorib. leg. ei qui*, 88. *de hæred. instit.*

(4) *Prætor hæredem facere non potest*) Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium tanquam regina & domina præsidet, *l.* 2. *de leg.* aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet *l. non ambigitur*, 9. *de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum, non Prætoris, qui nudus fuit magistratus δικαιοδότης non νομοθέτης: qui tamen, tacite consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *not. sub* §. *Prætorum* 7. *supr. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum constituuntur) Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit: iisque utiles actiones dando efficit, ut vicem hæredum obtinerent, immo vi ipsa ut hæredes essent, *l.* 1. 2. 3. *hoc tit.* Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolute tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit, *l. hæreditatis*. 138. *de verb. sign. l. conditionib.* 19. §. 2. *de cond. & demonst. l.* 1. §. *bonorum* 7. *ad Sc. Trebell. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, *l. sed &*

 ejus,

[illegible], 24. §. 1. *fam. erc. l. si fine 9. illud, ff. de interr. in jur. leg.* 10. *ad S. C. Trib. l.* 1. §. *nec non, &: ut leg. nom. cau.* 5 Cum ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc diserte traditum est ab Ulpiano *leg.* 1. *hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritarium seu legitimum, sed utile sive bonitarium, aut si mavis, dominium Prætorium; nam bonorum possessor hæres honorarius est: hæres vero dominum significat. Ita quem Prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, *leg. si finita* 15. §. *Julianus*, 16. *&* §. *postea* 33. *de damn. infr.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissime dicam, qui contendunt, Prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quam rerum possessionem, quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *leg.* 12. §. 1. *de acq. poss.* immo quam nec tribuit Prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, *l.* 1. *& passim de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantum successionibus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus Div. Tuldenus sic hæc explicat: hæreditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis, inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enim vero si rem spectemus, par utrique & eadem vis, nam & bonorum possessio non minus, quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure Prætorio tribuit æque ac hæreditas jure civili; textus sunt expressi & clari in *l.* 1. *l.* 3. *in princ. hoc tit.* Res hæc ideo minus recte vulgo percepta est, quod in describenda tam hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti improprie locuti sunt, nec vero, sed tropico genere usi: nam neque hæreditas proprie successio est, ut abunde demonstravimus sub *tit. de vulg. & pup. & in corp.* neque bonorum possessio potestas persequendi, sed utraque nihil aliud quam universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, hic vero apud magistratum amplectendo, dominium rerum singularum statim nanciscuntur, ille civile, hic Prætorium, & consequenter jus eas res persequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus. VINN. Omnino recte rem explicasse videtur Tuldenus. Bonorum enim possessio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt, *l.* 178. §. 2. *ff. de verb. sign.* at successio civilis in voluntate consistit, nudoque animo, verbis, vel factis declarato, acquiritur citra interpellationem magistratus, *l.* 20. *ff. de acq. hær.* Ita & V. C. Pagenstech in *Aphorism. Jud. lib.* 3. §. 41. NEIN.

Et alios complures gradus) Id est ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, *l.* 1. §. 1. *unde liberi, l.* 5. *unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam [illegible], quod in textu Græco, *Nov.* 118. *in pr.* [illegible] reddidit, [illegible] cognoscitur gradibus, id est, [illegible] ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Schol. *diss.* 11. *n.* 42. Sunt autem [illegible] gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo cognatorum, & [illegible] vir & uxor, *d. l.* 1. §. 1. *& d. l. un.*

(6. *Ex æquo & bono diduxit*) Scopus hic Prætori in introducendo jure bonorum possessionis præpositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex duodecim Tabularum familiæ finibus ita coarctaverat, ut suos tantum hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente, vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, §. *placebat*, 7. *supr. de legit. agn. success.* Prætor autem & alios fecit ordines, ordinumque & graduum successionem admisit, *tit. de success. edict.*

T E X T U S.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæc prima, quæ præteritis liberis datur; vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus Prætor pollicetur, ideoque vocatur* secundum tabulas. *Et cum de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus, & iis, qui ex edicto Prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundum legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ, pater, mater avus, avia, tam paterni, quam materni: item filius, filia, nepos, neptis tam ex filio, quam ex filia; frater soror've consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto* tanquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

N O T Æ.

1. *Prima, quæ præteritis liberis*) *l. unic. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit.* 28. *vid. supr.* §. 3. *de exh. lib. & ff. de bon. poss. contr. tab.*

Decem personis) Ulp. *apud Licin. Rufin. tit.* 16.

Extraneo manumissori) Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumissoris) § *pen. supr. de success. libert.* Ulp. *tit.* 28. §. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu bonorum possessio* contra tabulas *dicatur esse ex testamento, cum per eam succedatur ab intestato: Quod a paucis observatum.*
2 *Cui sit primo loco in edicto proposita.*
3 *Extraneus manumissor quis dicatur?*
4 *Quid per familiam significetur in ea, quam Prætor quinto loco proposuit.*

(1) HAbemus hic catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto proposita fuit. Sunt is est apud Ulpian. *tit.* 28. §. *intestati*, 6. Percurramus singula.

Ex testamento quidem hæc) Bonorum possessio, itidem ut jure civili hæreditas defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, *contra tabulas*, & *secundum tabulas*: quæ [illegible]

hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret: cum enim detur contra testamentum, & per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l. 1. in pr. de legat. præst. l. ut liberis*, 17. *in pr. Cod. de col.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi; sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad caussam intestati redit, *l. 6. §. 1. l. cum qui*, 21. §. 2. *de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem *contra tabulas*, liberi præteriti jure Prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in *d. l. liberis*, 17. *C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem *contra tabulas* dicit esse ex testamento, certum est, id improprie atque abusive ab eo dici, nec alio sensu quam quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit: atque ob hanc solam caussam *contra tabulas* bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, *l. 1. in pr. & §. recte autem*, 5. *unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia a paucis observatum.

Quæ præteritis liberis) Præteritis liberis datur bonorum possessio *contra tabulas* patris aut cæterorum parentum per partem conjunctorum, *ff. & C. de bon. possess. contr. tabul.* quæ species a nobis exposita est sub §. *eadem*, 12. *de hæred. quæ ab intest. & §. 3. supr. de exhæred. liber.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis *contra tabulas*, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti §. 1. *supr. de success. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. si a parent. quis man.*

Secundum tabulas) Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *leg. 2. Cod. de bonor. possess. sec. tabul.* Datur, si modo tabulæ recte factæ sint. Enimvero Prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabula, & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius *contra tabulas* pertinet, nec ante ad scriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum possessione *contra tabulas* exclusi sint, *leg. 2. in princ. sec. tabul.* Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhæred. lib. ad calcem princ.*

Unde liberi) Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. *emancipati 9. supr. de hæred. quæ ab intest.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l. 1. §. liberos 7. unde lib.*

Secundo legitimis hæredibus) Quæ dicitur *unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur: quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l. 2. §. ult. l. 3. unde leg.* vid. *supr. de leg. agn. succ. & 2. tit. seq.*

(3) *Tertio decem personis, quas extraneus manumisert*) Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium a patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali cæterisque personis, quæ hic enumerantur: videlicet quæ *supr. §. ultim. de leg. agn. success. & pen. §. præterea §. quib. mod. jur. patr. potest solv.* quod Prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modest. *l. si ad patrem* 10. *de suis & legitim.* Ait *decem personis*. Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ a viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. Cod. de secund. nuptiis*. VINN. Parum accurate extraneus manumissor, vel emptor filii imaginarius appellatur *pater fiduciarius*. Si enim vel maxime fateamur, id vocabulum esse genuinum & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quam interposita fiducia, id est contractu de filio tertium sibi emancipato patri naturali emancipando. Hic autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium sibi mancipatum non patri remancipaverat, sed eum ipse manumiserat, & eo ipso sibi acquisiverat jura patronatus. HEIN.

Quinto tamquam ex familia) Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujac. reponit, *tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *leg. 3. §. utique 9. de suis & legit. l. liberto 17. de bon. libert.* ut vero non sit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa, invertitur ordo succedendi cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare; quod fortassis nec ipse Prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi caussa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque) Qui etiam in secundo ordine ex edicto *unde legitimi* venire possunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.* VINN. Patronus hic vocatur, si forte tempore, vel repudiatione effectum esset, ut præcedentibus edicti partibus venire non posset. Ita & Theophil. *ad hoc tit.* Conf. V. C. Ant. Schulting, *ad* Ulpian. *t. 28. §. 7. p. 673.* HEIN.

Septimo viro & uxori) Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor* dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. ff. & C. unde vir & ux.*

Octavo cognati manumissoris) Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, Prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis. VINN. Quæ conjectura Bachovii præsidium repetit in Basil. *Tom. 6. p. 595.* Vid. Schulting. *ibid.* HEIN.

TEX-

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Sed eas quidem Prætoria introduxit jurisdictio: nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes,* contra tabulas *quidem,* & secundum tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato,* unde liberi, & unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in Prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est,* unde decem personæ, *eam pio proposito & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas proponebat extraneo manumissori; nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus, contracta fiducia, manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum possessione in gradum ejus sextam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam Prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerit septimo loco bonorum possessio,* tamquam ex familia: & *octavo,* unde patroni patronæque liberi & parentes eorum, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam* contra tabulas *bonorum possessio, quam* unde legitimi, & unde cognati, *ex quibus possint sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam vero bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto eam posuimus; decima quoque veteri bonorum possessione, quæ erat* unde cognati manumissoris, *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariæ permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. *Nostra constitutio*) Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *supr. 8. quib. mod. jus pat. pot.*

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam ex transverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *dict. §. 3. de success. libert.* a nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

COMMENTARIUS.

1. *An bonorum possessionibus retentis, primæ quatuor quando necessariæ, quando utiles tantum?*
2. *Hodie nullam harum trium,* unde liberi, unde legitimi, unde cognati *necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare sublata? Ubi quædam illustrantur ex constitutione Græca.*
4. *Solam* unde vir & uxor *jure novissimo necessariam.*

Hoc §. removet quasdam species ex his, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quam quæ ab intestato, quas modo separatim & distincte consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati,* quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

(1) *Utpote necessarias*) Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi,* retinuisse: utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti, adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *supr. ad princ. & §. 2. de inoffic. testamen.* suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hærede instituto, nunc non est, *supr. eodem in princ.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis dumtaxat: necessaria tamen, si quid solemnitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. Ulpian. *tit. 28. §. ultim. Unde liberi* non necessaria suis hæredibus: quippe ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis, at hodie ne illis quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov. 118.* certe Prætoris auxilio non amplius indigent, quamvis nihil minus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cum agnati ex lege duodecim tabularum, cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis, aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *leg. 3. unde legitim.* A Prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati.*

Unde decem personæ) Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinqui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem, postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, aut competentem magistratum denunciantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *leg. ultim. Codice de emancipat. liber.* Nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filii emancipati, manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ,* locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati,* quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem, *Nov. 118.* Itaque tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati,* nullam necessitatem, immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. Christin. *vol. 4. dec. 1.*

Tamquam ex familia, & unde patroni) Ait, se has duas bonorum possessiones, *tamquam ex familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum,* sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties

ties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plene definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitome ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. *lib.* 20. *observ* 4.

Ad similitudinem successionis ingenuorum) Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* §. 1. *in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum) Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio: in qua hæc legimus, *ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ ὁ ἐκ πλαγίου συγγενὴς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείσθωσαν τὸν ἀπελεύθερον*. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d.* §. 3. *de success. liberr.* in cujus §. fine ob hanc causam particula (*pene*) addita est.

Sufficit eis contra tabulas) Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præteriisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto Prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. de succ. l. bert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni, eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt: Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint, *ὁ πάτρων καὶ παῖδες καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τοῦ πάτρωνος καὶ μόνοι: οἱ παρ' αὐτοῦ δὲ τοῦ κατιόντες, οὐκ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσι τὴν ἐναντίαν τὴν γνῶσιν*, &c.

Unde legitimi, & unde cognati) Itaque, libero intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor) Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad patrem vocatur, *auth. præterea Cod. unde vir & uxor.*

Unde cognati manumissoris) Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones quæ patrono ejusque liberis, & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ) Duæ facto testamento, *contra tabulas & secundum tabulas*, quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poss.* §. *cum igitur* 4. *Instr. hoc tit.* quæ sequuntur, sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione Prætores introduxerunt. Novissime etiam promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, qui ex testamento sunt, Prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. *Lege vel ex Senatusconsulto*) *l. unic. ff. ut ex legib. Senatusconsulti, vel constit. bonor. possess.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *leg.* 1. §. 7. *de success. edict. leg.* 1. §. 4. *unde lib. l.* 30. §. 1. *de acquir. hæred.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest, quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernuntur, *l.* 2. §. 1. *qui ordo in bon. poss. l.* 3. §. *pen. h. tit.* quales Carbonianæ aliæque extraordinariæ, *l.* 1. *l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

COMMENTARIUS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas: atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis, causa cognita, decernuntur; cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *tit. de ventre in poss. mit.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l.* 1. *& pass. de C. edict.* hæc expresse ordinariæ opponuntur in *l.* 3. §. *pen. & ult. d. tit. l.* 5. §. *si quis* 3. *de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, a Prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *leg. ventre* 84. *de acq. hæred. leg.* §. *ult. cum l. seq. l. si duobus* 14. §. *ultim. cont. tab.*

l. si

l. [illegible], 18. *Cod.* [illegible] *iur.* [illegible] *l.* 2. §. *si quis* 14. *ad SC.* [illegible]. [illegible] hæc etiam referunt bonorum illam [illegible] præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *leg.* 6. *in* [illegible] *ff.* [illegible]. Pertinet & hæc ea bonorum possessio, quæ lege [illegible], Senatusve consulto, aut constitutione cautum est, *l. un. ut ex legibus, &c. l.* 3. *unde l.* [illegible]. Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Apronian[illegible], profert Scipio Gentil. 1. *de iurisd.* 26. *argum.* §. 2. *sup. de succ. libert.* [illegible] 26. *ad SC. Treb.* [illegible] 4. *C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum, *leg.* 2. *de veter. success.* *l.* 6. §. [illegible] & 6. *de* [illegible] *test.* Hotomannus item aliud ex [illegible] Imperatoris constitutione, qua in specie *l.* [illegible] 12. *d. tit.* scriptis heredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant: quæ alioqui inane re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones omnes per superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia fit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *leg.* 1. & *leg.* 2. *de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio [illegible] etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *leg.* 1. §. *decretalem* [illegible] [illegible] §. [illegible] & 4. [illegible] *leg. cum quidam* 30. §. 1. *de acquir. hered.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantum; quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto Prætoris mortui, ut loquuntur, competit; decretalem, quatenus a vivo Prætore conceditur, seu eandem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post Accurs. Cyn. Bart. aliique veteres Interpretes, Sichard. *ad rub. Cod. qui admon. ad bon. possess. num.* 10. & *seqq.* [illegible] *in* §. *seqq. num.* 7. Mynf. *hic ad rub. num.* 10. Menoch. [illegible] 1. [illegible] *possess. num.* 10. & *seqq.* Grass. § *bon. possess. quæst.* 3. Tulden. *comm. in hunc tit. cap.* 3. [illegible] Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint [illegible] hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *leg.* 3. §. [illegible] 14. & *seq. de Carbon. edict. leg.* 5. §. 4. *de leg.* [illegible] Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l.* 1. §. 4. *unde lib.* & quod huic simile in *dict. leg.* 3. §. *pen.* *de Carbon. edict.* eum, qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. poss.* Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes [illegible], id est, quibus qualiscumque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, [illegible], computentur, *d. l.* 2. §. 1. Quinto, quod decretalis [illegible] effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l.* §. *decretalis* 7. *de success. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis dicta sunt, uti in hereditate, atque proinde jus eius petendæ repudiari potest, *d. l.* 1. §. 1. & §. *qui semel* 6. *in plurium* 70. *de acquir. hered.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt, DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas species, & quæ forma distent. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur; ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, *d. leg.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. possess. l.* 3. §. *penult. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre* 84. *de acq. hær. l. si duobus* 14. §. *ult. cont. tab.* Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit: atque in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *argum. l.* 1. §. *si ea* 14. *leg.* 7. §. 1. *de ventr. in possess. mitt. leg.* 1. *princ. leg.* 3. §. 4. *de Carbon. edict. leg.* 3. *penult. hoc tit.* Atque ita sermo etiam doctissimi recentiorum Interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotomann. Donell. VVelemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim est perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagnestech. *Admon. ad Dig. Part.* 6. §. 5. Unde divisio bonorum possessionis in *perpetuum* & *temporalem*, quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. HEIN.

TEXTUS.

De successorio Edicto.

3. *Cum igitur plures species successionum Prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent; ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quam adoptivis in petenda bonorum possessione anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus, edictum Prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, Prætor denunciat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *leg.* 1. §. *quibus* 10. *de success. edict.* Successio hæc duplex est, una *ordinum*, altera *graduum*. *Ordinum* dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit: veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus, ad cognatos: postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, §. 2. *sup. eod. l.* 1. §. *unde lib.* 1. *leg.* 1. *quis ordo in bonor. possessor.* quibus locis verba Jurisconsultorum a Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l.* 5. *C. qui admit. ad bon. poss.* *Graduum* successio dicitur, cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum, atque in solo ordine

cogna-

cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla eſt gradus prærogativa; agnatos vero remotiores, proximis repudiantibus, non quaſi agnatos, ſed quaſi cognatos, Prætor admittit, §. *placet at 7. ſup. de leg. ſucceſſ. agn.* Sed enim cum eo loco Juſtinianus etiam in hæreditatibus graduum ſucceſſionem inter agnatos admiſerit, Prætoris eſt, etiam in bonorum poſſeſſione eam inter illos admittere; argum. *leg. 3. unde leg.* quamquam nunc hæc diſputatio ſupervacua eſt, ſublata prærogativa ordinis agnatorum, *Nov.* 118. Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum poſſeſſioni præfinitur, *d. leg. 1. in princ.*

In unaquaque ſpecie ſucceſſionis) Id eſt, ordine: ut in tribus illis, inteſtati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri ſcilic. & uxoris, nulli ſunt gradus.

Plures diſpari gradu) Gradus bifariam uſurpatur, interdum pro ordine ſucceſſionis ab inteſtato, *l. 1. quis ordo in bonor. poſſeſſ. l. 5. unde cogn.* frequentiſſime vero, ut & hoc loco pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur) Edictum ſucceſſorium præcipue quidem cognatorum inferiorum cauſa comparatum eſt, ſed tamen ex parte id etiam creditoribus conſulit, atque ipſi quoque defuncto: triplicique omnino de cauſa Prætor rem eſſe putavit, præſtituere certum & breve tempus ad bonorum poſſeſſionem petendam. Prima eſt, ut ſciri poſſit, quando finito jure primorum graduum, ſequentes eam petere poſſent, nullove petente, inſequens ordo aut fiſcus admitteretur. Altera, ne ſi bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum intereſt mature ſcire, utrum habeant quem conveniant, an bona fiſco ſint delata. Tertia, ne creditores, ſi nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad poſſeſſionem & diſtractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominioſum, *d. l. 1. in princ. & §. 1. ſucc. edict.* VINN. Add. Cic. *pro P. Quint. c. 15.* & ſupra *§. 1. Inſt. quib. ex cauſſ. man. non lic.* HEIN.

Liberis & parentibus anni ſpatium) Largius tempus liberis & parentibus tributum eſt in honorem ſanguinis, *l. 1. §. largius 12. de ſucc. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum poſſeſſionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite *unde legitimi*, ut parens manumiſſor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l. 1. §. pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l. 2. §. ult. unde leg.* vel ex capite *unde cognati*. Atque ex his omnibus cauſis intra annum bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, *d. l. 1. §. ult.*

T E X T U S.

De jure accreſcendi: & iterum de ſucceſſorio Edicto.

5. Et, ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, ejuſdem gradus perſonis accreſcit, vel ſi nullus ſit, deinceps cæteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Si quis itaque delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiaverit, non quouſque tempus bonorum poſſeſſioni præfinitum exceſſerit, expectatur: ſed ſtatim cæteri ex eodem edicto admittuntur.

COMMENTARIUS.

NON tantum in ſucceſſione ex teſtamento locus eſt juri accreſcendi, verum etiam in ſucceſſione ab inteſtato, tum legitima, *§. ult. ſup. de SC. Orfic.* tam honoraria. Ut docet hic locus, & *l. 3. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. h. t. l. un. Cod. quand. non pet. part.* vid. Duar. *1. de jure accreſc. 20. & 2. c. 13.*

Non petierit) Si plures ſint, quibus bonorum poſſeſſio competit, quorum unus admiſit bonorum poſſeſſionem, cæteri non admiſerunt, vel quod ſpreverint jus ſuum, aut tempore bonorum poſſeſſionis finito excluſi ſunt, aut ante mortui, quam bonorum poſſeſſionem petierint, ei, qui admiſit, accreſcunt portiones, quæ cæteris competerent, ſi petiiſſent, *d. l. 3. §. ult. & 2. ſeqq.* Et accreſcunt igitur portiones deficientium ſine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium ſine nova aditione accreſcunt iis, qui pro ſua parte hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris) Qui vel in eodem ordine inferiori gradu ſunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi ſunt gradu in ordine ſequenti. Nam edicto ſucceſſorio non eſt locus, niſi inter perſonas diverſi ordinis aut gradus. Illud notandum, ſucceſſionem ordinum Prætorem admiſiſſe etiam una eademque perſona, verbi cauſa; ut filius omiſſa bonorum poſſeſſione *unde liberi*, petere adhuc poſſit *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l. 1. §. ſed videndum 11. de ſucceſſ. edict. l. 2. unde leg.*

Sed ſtatim cæteri) Ut primum quis delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. leg. 1. §. quibus 10. de ſucc. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum qui ſemel noluit bonorum poſſeſſionem petere, jus ejus petendæ amiſiſſe, etiamſi tempora largiantur; tum, quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, ſtatim inſequentibus tempus currere: quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum poſſeſſio ſtatim pertinere incipit, *d. l. 1. §. 6.*

T E X T U S.

Explicatio dicti temporis.

6. In petenda autem bonorum poſſeſſione dies utiles ſinguli conſiderantur.

COMMENTARIUS.

1. *Qui dies continui, qui utiles, qui ſeſſionum? Et quando de plano Prætor jus reddere dicatur?*

DIes in jure noſtro alii ſunt *continui*, aut *utiles*. *Continui*, qui ſine interruptione nulliſque exceptis currunt: *utiles* illi duntaxat, quibus experiundi ſui juris poteſtas eſt, *l. 1. de div. & temp. præſcript. leg. 11. §. quidam 5. ad leg. Jul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cum dies utiles ſolum conſiderentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis neſcivit bonorum poſſeſſionem ſibi delatam eſſe, neque illud, quo a Prætore eam poſtulare non potuit, *leg. 2. princ. quis ord. in bon. poſſeſſ.* Non enim ſemper Prætoris copia eſt, *l. ſed & ſi 26. princ. & §. 4. ex quib. cap. major.* Dupliciter vero Prætor copiam ſui facit; interdum pro tri-

tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, *leg. pen. leg. de just. & jur.* Quibus autem diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *sessionum* appellantur, *d. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* Cum alio loco civibus se praebet, *de plano* jus reddere dicitur, *leg. nec quicquam 9. §. 3. de offic. proconf. leg. 6. de accus.* suntque haec nostris adverba, pro tribunali cognoscere, & de plano, *leg. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unius 18. in fin. de quaest.* Quaecumque causae cognitionem decretumve magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscendae & expediendae sunt, *dict. leg. 9. §. 1. de offic. proconf. leg. omnia 71. leg. ubicumque 105. de reg. jur.* Cum ergo, ut antea ostendimus, quaedam bonorum possessiones fiant, decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictae; quaedam, quae decretum causaeve cognitionem non requirant, edictales appellatae; & consequenter illae tantum pro tribunali peti & dari, hae vero etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo Praetoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum dumtaxat, *dict. leg. 2. §. 1. quis ordo in bon. poss.* VINN. Non ergo confundendo loquutiones: *de plano cognoscere* unde *plenaria interpellatio* in *leg. 4. C. de dilat. odit. Holandr.* & *summatim cognoscere*. Bonorum enim possessio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, sed pro tribunali: & tamen cognitio erat summaria, *l. 3. §. 8. ff. de bon. poss. l. 2. §. 1. ff. quis ordo in possess. serv.* Rem omnem accuratius exposuit Vir celeberrimus Ger. Noodr. *de Jurisprud. lib. 1. c. 10. t. 135.* HEIN.

T E X T U S.

Quomodo peti debet?

7. *Sed bene anteriores Principes & huic causae providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet: sed quocumque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.*

N O T Æ.

7. *Quocumque modo, &c. indicium*] Sufficit qualecumque indicium admittendae bon. possessionis, ἡ διὰ πάντι ἔνδειξις, qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult. testatio amplectendae haereditatis*. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIUS.

VEtus petitio bonorum possessionis solemnis fuit, ut significat *l. 1. Cod. comm. de succ.* Solemnitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Dum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solum Praetoris in urbe & Praesidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. qui. ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc, qualiscumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *leg. ult. Cod. qui adm. ad bonor. poss.* Caeterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quae non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet; sed hae etiam nunc Praetorem & tribunal desiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione haereditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solemnis & necessitatem Praetoris aut Praesidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. leg. ult. Cod. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione haereditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnon *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite conjuge diviserit, *dec. supremi apud nos Senatus 7.* Grot. *2. introd. 30.* add. Christ. *vol. 6. decis. 62. n. 7.* Gudel. *lib. 2. de jur. noviss. c. 16.* Zyp. *not. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenev. *tit. Cod. unde vir. & uxor.* VINN. Non tamen dubium, quin usus adhuc tantum non ubique sit in bon. possessionum temporalium & extraordinariarum. Exempla passim habent scriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Instit. h. t. §. 2.* Stryk. *us. hodiern. Digest. hoc tit.* HEIN.

TITULUS UNDECIMUS.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quae inter haec genera tertio loco collocata est, *§. ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem; inter superiores autem illas & hanc haec est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque haec acquisitio necessarium consequens juris patriae potestatis.

T E X T U S.

Est & alterius generis per universitatem successio, quae neque lege duodecim Tabularum, neque Praetoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

COMMENTARIUS.

CUM jus hujus acquisitionis dependeat a jure antiquo patriae potestatis, quae potestas lege Romuli primum introducta, a decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus, aut consuetudine receptam esse, dicendum vi-

videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de l. patron. tut.* cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure, legeque filiosf. fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. de his qui sui vel al. jur.* sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoprandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit; sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis; quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

T E X T U S.

Quæ hoc modo acquiruntur? Jus vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Usus etenim & ususfructus licet his antea connumerabatur, attamen capitis deminutione minima tolli prohibuit nostra constitutio.*

N O T Æ.

1. *Quales operarum*) Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ a quocumque cuicumque recte solvuntur, *leg. 9. §. 1. de opt. lib.* Locus difficilis, quem Theoph. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

Nostra constitutio) *l. pen. C. de usuf.* vid. *sup. §. pen. dict. titul.*

COMMENTARIUS.

1. *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare?*
2. *Operarum obligationes quæ hic intelligantur?*

OMnes res ejus) Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. sec. tab. leg. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin etiam non proprietas tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori quam hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *leg. cum hæred. 23. de acquir. possess.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo 18. dict. tit.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. *in d. l. 16.* ubi etiam hoc a simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius DD. *in auth. si qua mulier Cod. de sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus vero eamdem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, §. 2. *infr.* VINN. Et ex eo, quod & possessio adrogati sine nova apprehensione acquiritur, interpretanda videtur, *l. 15. princ. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ fil.i fuerunt, & adquiri possunt,* TACITO JURE *ad eum, qui adoptavit, transire dicuntur.* HEIN.

Quales sunt operarum obligationes) Operarum scilicet officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales, & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio, quam a liberto, nec alii, quam patrono, deberi possunt, artificiales a quocumque cuicumque recte solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. lib.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredes transeunt, officiales non item, *l. 6. l. 7. §. penult. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non est, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæ operæ deberi possent, ut dictum est. Plane jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

Jus adgnationis) Quæ jura agnationis tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de SC. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim Tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur; *l. si libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.*

Usus & ususfructus) Olim usus & ususfructus etiam minima capitis minutione extinguebatur, *l. 1. quib. mod. us. am.* Paul. 3. *sentent. 6.* eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. Cod. de usufr.* vid. *sup. §. pen. de usufr.*

T E X T U S.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt, antecedant.*

COM-

COMMENTARIUS.

AD *similitudinem naturalium parentum*) Et recte. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, *l. 6. Cod. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum) Et si jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æque ac profectitiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut tametsi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo, pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. d. castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio & primo quorumdam adventitiorum duntaxat, postremo eorumdem omnium usumfructum tantum patri acquiri placuit tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato; primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *l. 3. l. 4. d. l. 6. Cod. de bon. quæ lib. l. ult. Cod. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii: alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. Cod. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac test. Novella* 118. ordo successionis mutatus.

TEXTUS.

Effectus hujus acquisitionis.

3. *Sed ex diverso pro eo, quod is debuit qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usuf. futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

COMMENTARIUS.

1. *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari; neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directæ actiones salvæ maneant?*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, *per leg. 1. §. 5. de acquir. poss.* (1) Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scilicet sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probatur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur, *cap. 7. §. si quis 13. quib. ex caus. in possess. eat.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogato non tenetur) Hæc verba *ipso jure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure Prætorio; ergo mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ, ut in *§. actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus, adrogatorem autem non contraxisse, neque personam suscepisse adrogati, hæredis instar.

Sed nomine filii) Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minimæ, quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *leg. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit, *leg. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Atque istud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, *leg. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione vero nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & transtulit: similiter ut in specie *leg. 7. §. penult. dict. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent) Hoc ideo ait, quia tunc solus ususfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, *§. præced.* Ait, legitimo modo disponere, de quo adi *tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. jud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & summa.

T E X T U S.

Accessit novus casus successionis ex constitutione Divi Marci. Nam si iis, qui libertatem acceperunt a Domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa audiuntur.

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. *ul. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure Prætorio, ut bonorum possessio: neque consensu populi, ut adrogatio; sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *leg. 2. de fideic. lib. l. 6. & ult. Cod. de testam. man.* Et si autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor; tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, *leg. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tamquam in hæredem Prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *leg. 8. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert, deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt) Uberius sub disjunctione dixisset, *vel quilibet extraneus*: qua disjunctione utitur *leg. ult. in princ. Cod. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam jurisconsultus *leg. quod D. Marco 50. §. 1. de man. testam.*

Ex quo non aditur hæreditas) Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *leg. 2. C. de testam. man. leg. 1. Cod. de fideic. libert.*

T E X T U S.

Rescriptum Divi Marci.

1. *Et ita Divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent.* Si Virginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is, cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idonee creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, ante libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii, quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

N O T Æ.

1. *Pompilium Rufum*) Putat Equin. Baro servum ad quem rescribit D. Marcus, prænomen forticum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

Nemine successore ab intestato) Alias si destituto testamento, is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. Cod. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant) A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissarium. Wes.

Si fiscus bona agnoscere) Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec illi aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. 17. de fideicomm. lib.*

COMMENTARIUS.

POmpilium Rufum) Hæc nomina non conveniunt servo, non magis, quam *Cajus Sejus l. 23. de manumm.* & ideo assentiri non possum Theophilo asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Virginii Valentis testamento manumissis. Ut ut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l. 40. §. 1. de man. test. l. ult. Cod. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *leg. 6. Cod. eod.* VINN. Et exinde quoque colligas, recte existimare Theophilum, Pompilium istum Rufum servum potius, aut statu liberum quam ingenuum vel libertum fuisse. Statu sane liberos ob spem libertatis non raro se pro liberis gessisse & nomina patronorum gentilia ante manumissionem adsumpsisse, colligere mihi videor ex *leg. 11. Cod. de fideic. lib.* HEIN.

Testamento libertatem adscripsit) Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait: *adscripsit*. Quid si libertates dedit, hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, *dict. leg. ult. Cod. de testam. man.*

Nemine successore ab intestato) Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *dict. leg. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligit, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectitur, nec libertates deberi, *leg. 1. Cod. fidiic. lib. leg. 14. Cod. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus auferatur. VINN. aliud obtinebat, si ex. grat. fideicommissaria libertas ita data, si uxori testatoris placuisset. Tunc enim ea non adeunte hæreditatem, & filio succedente, servus libertatem petere poterat, dum uxor testatoris non refragaretur, *l. 8. C. de fideic. libert.* HEIN.

Venire debeant) Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri a creditoribus. aut recta constituta actio-

actione vendi possint, l. 8. *quib. ex caus. in poss. l. 6. C. de bon. auct. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur) Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idonee caveris) Addici ita demum bona voluit, si idonee creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l. 2. l. 4. §. addici 8. de fideic. lib.* merito; ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idonee cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idonee cautum videri, *d. l. 4. §. addici* 8. De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l. 4. §. de solido* 11. Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit: *d. l. ult. §. 1. C. de testam. man.*

Quibus directa libertas data) Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt: qui fideicommissaria, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Plane qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate. Neque tamen dissensu quorumdam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur.

Ac si hæreditas adita) Aut bonorum possessio admissa decretive. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis, hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum de casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnosceret) Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea a fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodi fisci benigne prælatum est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enimvero si bona damnati, vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio. Sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *dict. §. eadem 17.*

T E X T U S.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est libertatibus & defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur, & veneant. Certe si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: extitit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

C O M M E N T A R I U S.

Indicatur hoc §. Primum finis atque utilitas, hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua a creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio cap.* 14. & Justinian *§. 1. sup. quib. ex caus. man. & §. 1. de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint; cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut justam quærimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, *l. 2. de poss. quib. ex caus. in poss. l. sed & hæc 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

T E X T U S.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certe si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, annon, cessabit constitutio. Si vero certum esse cœperit, neminem existere, tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

N O T Æ.

4. *Quamdiu incertum*) Ex Ulpian. *l. 4. princ. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*) Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

C O M M E N T A R I U S.

Constitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas: placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. ieg. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. ad tit.*

T E X T U S.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

COM-

COMMENTARIUS.

FAvor rescripti a Justiniano etiam ad eam casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, paratum creditoribus idonee cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

De speciebus additis a Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est a nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.*

COMMENTARIUS.

COnstitutione Justiniani, quæ est *leg. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum a D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. *Jus postulandi annus esto. 2. Si plures simul satisdato postulint, iis bona simul addicantur. 3. Ejus, qui plus se præstiturum satisdabit, potissimum jus esto. 4. Qui plus quam alter cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est. VINN. Immo jam Justiniani temporibus sensim ab usu recessisse videtur Marci constitutio ob pinguius remedium *Nov.* 1. *cap.* 1. concessum, ut hærede repudiante, ipsi legatarii, quin & servi, quibus libertas testamento data, adire possint. HEIN.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUS CONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Erant ante prædictam successionem olim & alia per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta, & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio Judicis bona possidere: & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier servili amore bacchata ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & a nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis certissimus.

NOTÆ.

Per multas ambages) Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, edicto possideri jubebantur, dein magister postulabat & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur: qui omnibus in solidum satisfaciebat; aut antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cicer. *pro Quint. cap.* 15. & 16. *ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Theophil. VINN. Plura & accuratoria reperies apud Carol. Sigon. *de antiquit. jur. civ. Rom. lib.* 1. *cap.* 18. Addelis *Antiq. nostr. Rom. lib.* 2. *tit.* 17. §. 11. *pag.* 465. *edit. nov.* HEIN.

Quando judicia ordinaria) Planius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac nec aliud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse succesfor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus satisfieret *l.*6. & 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* VINN. Sensus Justiniani esse videtur quod ambagibus istis locus fuerit, quamdiu judicia essent ordinaria, & distinctum Prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magistratus Judices pedaneos dare desierint, & omnia judicia facta sint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam stricte inhæsisse homines. HEIN.

Libertatem amittebat) Post trinam denunciationem domini. Theoph. denunciationis meminit & Ulp. *t.*11. *l.* 10. Paul. *l.* 27. *depos.* Tacitus autem denunciationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione JCtorum hæc necessitas addita JCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *leg. un. Cod. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

REferuntur hoc titulo duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio) Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur, & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta perpendissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cicer. 6. *ad Attic.* 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione pro *Quinto cap.* 15. *Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio* cum

tum bonis simul possidetur, de quo libello in celeberrimis locis proponendo: hunc ne servi quidem cetre, tacite celantque concitantur, cui magistri fiunt. [illegible] *quis, qua lege & qua conditione pereat, proponunt,* &c. Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona [illegible] jure incognita est, *leg. cum bona*, 16. *l. F*[illegible], 29. *de reb. auct. jud. poss. l. Imperator*, 26. *l. Imperator*: 16. *de pact. lib.* [illegible] *de cur. fur. l.* 4. *Cod. de bon. auct. jud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Ascon. *ad lib.* 1. *in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomanus, quod Varro *lib.* 2. *de re rustica c.* 10. modos acquirendi legitimi dominii enumerans scribit: *Tum e cum in bonis sectioni re*[illegible] *publice venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege duodecim Tabularum introductæ, quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap.* 3. [illegible], inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. Gell. *lib.* [illegible] *cap.* 1. Salmas. *de mod.* [illegible] 18. VINN. Sed adde tu, si [illegible] Illustr. Bynkersh. *Observ. lib.* 1. *cap.* 1. Ubi ab omni crudelitatis suspicione decemviros erudite absolvit. HEIN.

Per multos ambages.) Ter creditores adire Prætorem oportebat: primum ut liceret Bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderent: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis.) Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sane nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittantur, & postquam ea per certum tempus possederint, jus vendendi a Prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittitur, sub tit. *de reb. auct. jud. poss.* & in codice quoque relata est. *leg.* 6. [illegible] *Cod. eodem titul.* Videntur mihi [illegible] male ista inter se opposuisse, tanquam [illegible], *permitti bona possideri*, & post certum tempus [illegible]. Plane [illegible] Theophil. [illegible] bonorum emptorem habendi, sed bonorum [illegible] habitum fuisse, id postea obtinuisse non [illegible] bona vendita, ut ex pretio creditoribus [illegible], [illegible] hanc acquisitionem esse universalem. [illegible] missioni creditur constitutos, [illegible] non [illegible] in universa bona, sicut [illegible] *de reb. auct. jud. poss.* [illegible] *Novel.* 53. *cap.* 4. § 1. *unde auth.* & *qui pign. Cod. de bon. auct. jud. possid.*

Libera autem [illegible] *Senatusconsulto* [illegible] *servo junxerat, domini servi* [illegible] addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti *Tacitus lib.* 12. *annal. cap.* 53. ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit: *Inter quæ refertur ad patres de pœna feminarum, quæ servis conjungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute, si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice [illegible] restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit, Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet (vid. Ulp. *tit.* 11. §. *maxima l.* 10. *l.* 27. [illegible] *l. un. Cod. de SC. Claud.* [illegible] *Cod. Theod. de marit.* Theophil. *hic*. Pet. Fab. *l.* 1. *semest.* 25.) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi a muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. ult. in fin. Cod. de SC. Claud. toll.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *Cod. Lib.* 4. *Tit.* 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitiones, neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis?*
6 *Explicatur l.* 10. *de oblig. & act.*
7 *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio?*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem esse effectum jure civili, & quæ qualem habeant?*
9. *Obligatio mere civilis?*
10 *Obligatio mixta.*

1 TRia esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. *ult. supr. de jure natur. gent. & civil.* personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum a titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit.* 1. *lib.* 2. ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum significari non tantum ea, quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt, verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit sextum libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

2. Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes a rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum qui eas referunt ad objectum primum, quod est, de Jure personarum. In

priores errore Theophilus est & vulgo Interp. qui existimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus: præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent, & pariunt. §. 1. & 2. §. 12. *infr. de action.* Alter error Vulteji est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16. & ad hanc rubric.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst.* 3. Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere; nec solum res corporales, verum etiam incorporales, *supr. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, add. *l.* 49. *de verbor. signif.* Apparet vero Vultejum obligationes tantum considerasse in relationem ad personam debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit: easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes a parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum puta libertatis, civitatis, familiæ nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *leg. 3. de obligat. & action. leg. postulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *de verbor. obligat.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale est: Si obligatio ad jus rerum pertineret, ut dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem, ut actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum, non rerum referenda. Πολλὰ ἐνδεῖ τις, & error perspicuus παρὰ τὸ ἐπόμενον. Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præstanda est,) sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cum in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem, *leg. actionum*, 25. *de obligat. & action.* Quinimmo contra si obligatio jus esset personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expresse scriptum est in §. *præjudiciales*, 15. *infr. de action.* quamquam hoc etiam negavit Vultejus, quia videbat sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & *dict.* §. 13. *infr. de action.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur a causis efficientibus: postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. 3. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones hic propositæ, omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinet, quæ actionem eamque efficacem jure civili producunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quendam usum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, si priusquam ad ea declaranda accedimus, quæ hic a Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum a capite repetitam explicemus. 4. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ, ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur, in puram naturalem, mere civilem, & mixtam. *Naturalis*. 5. Obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non a natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed a natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt, una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinentur, *l. Stichum*, 95. §. 4. *de solut.* Quod etiam Paulus confirmat, *leg. amplius*, 84. §. 1. *de regul. jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominis devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *dict. leg.* 95. §. 3. *de solut. dict. leg.* 84. §. 1. *de regul. jur.* quo loco verbo oportet quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest. Nam quod in *l.* 10. *de oblig. & act. leg. si lejussor.* 15. §. 4. *de fidejuss.* dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat, verum etiam si soluta pecunia repeti non potest, id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius duntaxat; pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipse nonnumquam absolute naturales dicuntur, *l. debitor*, 59. *vers. videamus*, *ad SC. Trebell. l. si ita stipulatus*, 126. §. 2. *vers. superest*, *de verb. oblig.* nimirum quia tota essentia ut sunt ex jure gentium, *l.* 5. *de just. & jur.* a jure autem civili præ-

præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cum etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. 7. Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa dumtaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, *l. 6. l. 7. in princ. §. 2. & 4. de pact.* Ex ceteris, quæ solo placiti fine stant, nascitur dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerint, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. leg. 7. §. 4. de pact. leg. 10. Cod. eod. l. si tibi*, 27. *Cod. de locat.* Plura dicemus infra sub. §. *ultim.* Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur, veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate, *leg. si pupillus*, 127. *de verbor. oblig. leg. 1. in fin. de novat. l. cum illud*, 25. §. 1. *quand. dies leg.* aut servus, *leg. 14. de oblig. & action. leg. 13. de condit. indeb.* aut is, cui bonis interdictum est, *leg. 6. de verb. oblig.* Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, *leg. 16. §. 1. ad SC. Vell. leg. 9. in fin. cum leg. seq. de SC. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit: qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad antidora *leg. sed & si* 25. §. 1. *de furt.* & cujus hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debito naturalis, *l. si non sortem*, 26. §. *libertus*, 12. *de cond. ind.* Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detractionem Falcidiæ, *leg. 2. C. de fideicomm. leg. 5. §. si quis*, 15. *de don. inter vir. & uxor l. 1. l. ult. C. ad legem Falcidiam.* 8. Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem astringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe *alia est*, ut ait Cicero *pro Planc. c. 28. debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia fœnerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. c. 7. Cum res honestissima sit referre gratiam, desinit honesta esse, si necessaria est*, id est, honestatis gradum excellentem amittit: quod sequentia indicant. *Non enim magis laudabit quisquam gratum hominem, quam eum, qui depositum reddidit aut quod debebat citra judicium solvit.* Et mox; *Non est gloriosa res gratum esse, nisi tutum est ingratum fuisse.* Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutæ per errorem repeti non possint, *d. l. 26. § libertus*, 2. *de cond. indeb.* Ejusdem fere conditionis est obligatio testamenti minus solemnis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, *l. 7. C. de cond. indeb. l. 9. Cod. ad leg. Falcid.* Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, *leg. 6. de verb. oblig.* Tantundem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, *leg. eleganter*, 23. §. 2. *de cond. ind.* item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulto exceptio, *leg. qui exceptionem*, 40. *d. tit. leg. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si paterfam. factus solverit, non repetit, *dict. leg. 40. l. 9. in fin. de SC. Mac.* Ceteræ obligationes naturales, quæ ex conventione descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est *l. 13. si pœnæ*, 19. *l. frater*, 38. *l. quod pupillus*, 41. *d. si quod*, 64. *de cond. indeb. l. 10. de oblig. & act. l. 1. d. novat. l. propen. de oblig. & action. l. 5. §. 2. de solut.* & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, *l. 6. de compens.* ejusdem soluti per errorem retentio, *d. leg. 10. de oblig. & action. d. l. 19. de cond. indeb. leg. 1. §. id quod*, 17. *ad leg. Falcid. l. 3. Cod. de usur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, *leg. 1. §. penult. de pec. const.* item novari, *leg. 1. in fin. de novat.* Potest & fidejussor huic obligationi accedere, §. 1. *instr. de fidejuss.* denique & pignus, *l. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta, quippe quæ accessiones dumtaxat recipit: principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit, quo aspectu: quod pupillis ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l. 42. de cond. ind. d. l. propen. de oblig. & action.* 9. Obligatio mere civilis est vinculum solius juris civilis, seu τὸ ἀκριβοδίκαιον, quo quis ita tenetur, ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure Prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus, sit, ne a se peteretur, §. 1. & *seqq. instr. de except.* Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inutile, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest*, 112. *de reg. jur. l. 14. de compens.* Mixta obligatio seu naturalis & civilis, simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. 10. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde actionem & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur; quemadmodum & debitoris proprie intelligitur, a quo invito pecunia exigi potest, *l. debitor*, 108. *de verb. signif.* & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, *leg. 10. eodem. tit.* alii per absolutionem, *leg. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præsumptive; qualis est obligatio judicati & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe

pe res judicata pro veritate accipitur, *leg. post. 56. de re jud.* confessi in jure pro judicatis habentur, *dict. l. 56. l. 1. ff. de confess. l. un. Cod. eod.* jurisjurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur litterarum, *infr. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ secundum nostra civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationes) Theophil. & Accurs. putant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res est incorporalis, & ad secundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, ususfructus, servitutes, *supr. de reb. corp. & incor. & §. ult. de us. & hab.* VINN. Recte: Sed non solum tamen Theophilum, verum & veteres fere omnes obligationes tamquam præcipuum actionum fundamentum considerasse, vel inde patet, quod in Pandectis æque ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus*. Et inde, licet perperam, existimavit Theophilus hic quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes sint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commode referri queant. HEIN.

Juris vinculum) Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *leg. 95. §. 4. de solut.* civilis mera, rigoris, seu *ἐξ ἀκριβείας* *infr. de exc. in princ.*

Necessitate) Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat: veluti quæ ex nudo pacto nascitur *l. 7. §. 4. de pact.* junct. *leg. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, *leg. 3. §. 1. de const. pecul. l. 112. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

EST *juris vinculum*) Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta a vinculis corporis. Concepta est definitio, relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, subjecto, effectu, & causa efficiente remota, adumbrant.

Necessitate adstringimur) Effectus. Obligatio (sic absolute, nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur jure judicioque experiri, cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

Alicujus rei) Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistit obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. infr. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ) Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l. solutum, 49. de solut. l. si rem, 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutione tollitur obligatio, *infr. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametsi persona obligati tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur: sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de oblig. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura) Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ*. Temperatur enim hac adjectione, non, ut male Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex qualis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit *rei solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

Divisio prior.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut Prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*) Scilicet ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

Aut jure civili comprobatæ) Prioris generis est obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Prætor ex sua jurisdict.) Ex quibus scilicet actionem in persona dedit. §. 8. & *sequentib. infr. de action.*

COMMENTARIUS.

AUT *civiles aut Prætoriæ*) Distributio obligationis a causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio, (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur,) quæ non aut jure civili aut Prætorio constituta vel recepta sit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus: appellatione civilium Prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam Prætorium venit. Nam jus Prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti §. 3. *supr. de jur. natur. gent. & civil.* At cum obligationes civiles Prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus aucto-

riginem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur Prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *leg. 7. de justit. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. 3. *infr. de action.*

Constitutæ aut comprobatæ) Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sint, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *infr. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus, *arg. §. 4. infr. de noxalib. act.* junct. *pr. infr. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperium fecit, qui arbores furtim cæcidit, *infr. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. si quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civili est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas Prætor ex sua jurisdictione) Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio Prætoria naturalis quoque est, a Prætore autem introducta dicitur ea, ex qua Prætor in personam in foro civili actionem dedit. Ejusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi, quæ constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur; cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, vid. *infr. §. 8. & aliquos seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de obl. quæ ex del. nasc.* & *in prin. de leg. Aquil.* VINN. Recte Vinnius obligationem Prætoriam eandem naturalem simul esse ait. Quamvis enim Prætor aliquando & civiles obligationes firmet: veluti dum *leg. 1. ff. commod.* ex commodato actionem pollicetur, proprie tamen tunc obligatio non est Prætoria, quia vinculum juris jam citra Prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species deducitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor species sunt. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu. De quibus singulis dispiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*) Hæc divisio sumpta est a causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis, quæ ipsa aut jure civili aut honorario confirmantur, *l. 37. de oblig. & act.* Accuratior est, quam illa aut Caji *l. 1.* aut Modestini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu) Contractus est conventio obligationem pariens ex speciali juris adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l. 6. l. 7. §. 4. de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. signif.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα & δίπλευρα.

COMMENTARIUS.

1. *Unde sumpta sequens hæc divisio?*
2. *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat συναλλαγμάτων?*
3. *Præter quatuor ordinarias obligationum causas quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4. *Modestini obligationum divisio minus accurata in l. 52. de oblig. & act.*
5. *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex?*
6. *Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?*
7. *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num. 10.*
8. *An pacta ex continenti adjecta a parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9. *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione* l. 10. de verb. signif.
10. *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
11. *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

AUT *enim ex contractu, &c.*) 1. Ἐπιδιαίρεσις seu secunda obligationum divisio a causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur; nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, *l. oblig. 27. hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur a Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles 5. *ethic.* 7. uno verbo συναλλαγμάτων hæc omnia comprehendit. Duo enim illic genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellant commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verum enimvero si vox Græca συναλλάγματος respondet voci Latino commercii aut contractus, valde absurde delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere: Utut sit, in jure nostro συνάλλαγμα tantum ad commercia refertur, *leg. 7. § 2. de pact. l. Labeo, 19. de verb. signif.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu, atque hæc a delictis perpetuo separantur. Uno tamen loco delictum appellantur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *l. si vero 52. de re jud.* ubi Tryphonius scribit, actionem rerum amotarum ex *malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino, *ex malo contractu esse.* Papinianus quoque verba Demosthenis in oratione contra Aristogitonem τὰ ἀναρίθμητα τῶν ἐκουσίων, καὶ ἀκουσίων συναλλαγμάτων, Latine reddidit, *delictorum, quæ sponte vel*

ignorantia contrahuntur, coercitio, *L.* 1. junct. *l.* 2. *de legib.* Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *leg.* 26. *de neg. gest. l. contractus*, 23. *de reg. jur. leg.* 1. *l.* 4. *l. ex contractibus*, 49. *hoc tit.* §. 1. §. 10. *si rei*, 17. *& seq. infr. de act. n.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* 3. Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic a Justiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ a Celso proponitur in *l. si & me & Titium*, 32. *de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *leg.* 3. §. 3. *ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. *cum in suo*, 29. *supr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur, §. *ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem* 23. §. *item quæcumque*, 5. *de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Cajus *leg.* 1. *princ. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantum meminit, cautionis gratia subjiciens eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Cajus in *d. leg.* 1. nomine contractus, & maleficii etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, a contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet, *leg.* 5. *eodem*, & ex eo Justinianus *infra tit. de oblig. quæ quasi ex contr. & de oblig. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis divisio. 4. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *leg. obligamur*, 52. *hoc tit.* sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura enim vitia illius divisionis alii observarunt. Ego singula adamussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Jurisconsulti. VINN. Si paulo accuratius partiri velis, ita omnes obligationes ad suas species revocari posse crediderim. Obligatio est vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege est, & quidem vel *ἀμέσως* ex sola lege, vel *ἐμμέσως* intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis sunt omnes obligationes, quas Cajus *in variis causarum figuris* nasci ait, quasque Vinnius noster *num.* 3. recenset, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium est vel *licitum* veluti *contractus* & *quasi contractus*, vel *illicitum*, ut *delictum* & *quasi delictum*. Rem exposui in *Elementis jur. hoc tit.* §. 771 *seq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu) Quid sit contractus intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *leg.* 1. §. 3. *leg.* 7. *de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem placitum consensus, definitore Ulpian. *dict. leg.* 1. §. 2. *de pact. leg.* 3. *de pollic.* In idem, idest, in eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. 5. Conventionum duæ sunt species: aut enim ex *publica* causa fiunt, aut ex *privata*, *leg.* 5. *de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio, aut *nuda* est, aut *non nuda*, *dict. leg.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 10. *Cod. eod. l.* 15. *de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcinno 6. *Nuda* conventio est, quæ in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *dict. leg.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 27. *C. de loc.* In libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d. l.* §. 4. *& seqq. l.* 10. *C. eod. l.* 14. *de præscr. verb. d. l.* 27. *C. de loc. l.* 1. *C. de pact. conv. l.* 5. *C. de contr. stipul. l.* 5. §. 2. *de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius. *l.* 23. *C. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum consensum, nudam proprietatem &c. dicimus. Græcis *ψιλὸν σύμφωνον*. Quod definiunt, *ὅτι τὰ μὴ πραχθῆναι δέον, ἀλλὰ μόνον συμφωνηθῆναι*. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur; *d. l.* 7. §. 4. *& seq. l. divisionis*, 45. *de pact. l.* 8. *l.* 15. *de præsc. verb. l.* 10. *l.* 21. *l. si certis*, 28. *C. de pact. l. sive apud*, 28. *C. de transact. l.* 3. *C. de rer. permut. cum similibus.* Immo proverbii vice olim jactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. *C. de pact. & d. l.* 1. *C. de pact. conv. tam. sup. dict. & ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, ut ait Paul. 2. *sent.* 22. §. *ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure Prætorio exceptionem pariunt; *d. l.* 7. §. 4. *& seqq. l.* 13. *d. l.* 28. *C. eod.* &c. Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur; honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei, & probitati, quam omnia vinculis legum & non necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib.* 2. *ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione, quæ etiam jure præstari dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* Et explodendi, ut *ἄτοπα τινά*, qui negant potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberius disseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus, *c.* 5. & 6. ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra profligamus. Excipiunt ex hoc genere pacta duo; quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.* 6. *de pact.* quale est verb. caus. pactum donationis, *l. si quis*, 35. *C. de donat.* item quo dos constituitur, *l.* 6. *S. de dot. prom.* vel jure Prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l.* 1. *& passim de pec. constit. l. si tibi*, 17. §. 2. *de pact. l.* 1. *de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum inesse creduntur, *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 13. *C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est,

est, competit, *l. fundi*, 79. *de contr. empt. l.* 6. §. 1. *de act. empt. l.* 11. *C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea dumtaxat, quæ sunt κατα * φύσιν συναλλάγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promovent, *d. l.* 7. §. *quinimmo*, 5. & *seq. de pact.* & ibi comm. DD. *l. pacta* 72. *de contr. empt.* Unde Jason ait, pactum, quod est contra naturam contractus non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint, & actionem pariant; sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, videre est plerisque locis modo citatis. Qui tamen contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non constant, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu tam facile inesse & incorporari, ut sic loquar non possunt, nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa, aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l.* 5. §. *interdum*; 10. *commod. l.* 1. §. *sæpe*, 35. *depos. l.* 23. *de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, *l. Lucius*, 24. & 3. *seqq. depos.* 8. Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes.* 10. putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio, pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi* 17. *in pr. de pact. l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eamdem causam, & quia præterea stricti Judicii est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *l.* 3. *C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam* 30. *de usur. l.* 5. & *l.* 7. *de naut. fæn. l.* 12. *C. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hac pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia specialiter & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non tacite extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l.* 7. §. *quod fere*, 12. *de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri, iisque inesse intelligerentur, *arg. l. lecta*, 40. *de rebus cred.* nec obstare *l. quicquid* 99. *de verb. obligat.* Nam quod pacto stipulationi statim subjecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter a Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Basii, in *d. l.* 7. Donelli in *d. l. lecta*. 40. & in *l.* 13. *C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l.* 7. §. *quinimmo*, 5. *d. l.* 13. *de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem jus esse? Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi, *l. mora.* 32. §. 2. *de usur.* hoc significatur, deberi in bonæ fidei, non stricti juris judiciis, *l.* 3. *C. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, *l.* 3. *de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis; nam in strictis non veniunt exceptiones, nisi nominatim contestatæ, *l.* 9. *l. ult. Cod. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subjiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id, quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta*. 40. cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur Goedd. *de cont. stipul. cap.* 8. *concl.* 2. Nos fusius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *cap.* 9. & *seqq.* VINN. Sed rem tamen clarissimam puto, si leges consideras. Hæ distinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui stricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, aut detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, inest contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat; ex. gr. si decem dedi, & novem debeas, non nisi novem debebis *l.* 11. §. *ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non inest ex parte actoris, nec actionem parit; ex. gr. si decem dem, ut viginti debeantur, tunc non nisi decem debentur, *l.* 17. *ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta sive addant, sive detrahant obligationi, non insunt contractui stricti juris, nec ipso jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. Vir Clariss. Gerard. Noodt *de Pact. & transact. cap.* 12. HEIN. 9. Conventio non nuda sive vestita est, quæ peri placiti fines egreditur; quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio: Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l.* 7. §. 1. & 2. Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo gente sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil speciali

cialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, 2. Grot. 2. *de iur. bell. & pac.* 12. *num.* 3. Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa ut hoc exprimit Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi, aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres; uti & Jurisconsultus *d. l.* 7. §. 2. ipse hoc explicat, & innumeris locis significantur, *l.* 5. *per tot. l.* 8. *l.* 15. *de præscr. verb. l.* 7. *l. si pro fundo*, 33. *Cod. de transact. l.* 6. *Cod. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l.* 15. *de præscr. verb.* & negotium civile, *l.* 21. *de æstim. act.* est, tale quod constituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit. nam talis causa etiam in nudis pactis est: ut dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut a lite discedas. *l.* 21. *Cod. de pact. l.* 28. *Cod. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus a nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l.* 19. *de verb. signific.* contractum sic definit, ut dicat esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expresse a contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid Prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia Prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget, sed non minus proprie si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractum dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l.* 1. *Cod.* eroposita, *item in l.* 1. §. *penult. de pact.* Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in *d. l.* 7. §. 1. *l.* 7. §. 1. *de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse, aut cum contractibus confundenda, sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique si per se spectentur illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta a contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento *assistentiæ legis*, alterum *cohærentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l.* 6. *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 10. *l.* 13. *Cod. eod. l. etiam* 30. *de usur. l.* 12. *Cod. eod. l.* 6. *Cod. de jur. dot.* 11. Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositive, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrative, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expresse cautum est c. 1. & c. 2. *x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connatus vir eruditione minime vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib.* 5. *comm. c.* 1. sed ei occurritur a D. Grot. *lib.* 2. *de jur. belli & pac. c.* 11.

Aut re contrahitur aut verbis, &c.) Ὑποδιαίρεσις primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta a causis obligationem ex contractu proxime constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris: id est, obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahantur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l.* 1. *pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem, verba aut litteras requiruntur, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderans. Denominatæ enim sunt hæ species ab eo, quod cujusque proprium est, & unaquaque eminet.

Aut litteris) Hanc speciem obligationis videntur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certe plurium, quæ ex contractu fiunt illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. §. 3. *de pact. l.* 8. §. 1. *de fidejuss. l.* 1. §. *de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. Cod. de non num. pec.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam sæculo Christi 2. in usu fuisse, constat ex Caji *Inst. lib.* 11. *tit.* 9. §. 12. Alia hujus hujus contractus vestigia in ipsis Digestis deprehendit Galvan. *de usufr.* qui & observat, veteres illos qui species contractuum nominatorum recensentes litterarum obligationem omiserunt, eamdem sub verborum obligationibus comprehendisse. Et sane multo verosimilior est hæc Galvani, quam Vinnii nostri sententia, quia & in hac olim verba solemnia intercessisse, ex Theophilo *ad tit. Inst. de litt. obl.* patet. HEIN.

T I-

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. Tit. 3. C. Lib. 4. Tit. 1. 23. 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi & quæ obligationes huc pertineant?

HOc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquis ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum, rei interventum ad perfectionem sui requirunt: quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Compositores, si primum commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est [illegible] investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi. Obligatio re contrahitur, cum datum aliquid aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquid aut factum ad conventionem accesserit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. Cod. eod. l. 7. §. 6. de pact. l. 5. & pass. de præscr. verb.* itaque Paulus in *d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hanc permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbeat. Videri tamen possunt veteres proprie & in specie eam obligationem re contrahi dixisse, cum res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideoque [illegible] quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quod id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, [illegible], *l. 1. §. 2. cum 4. seqq. de obl. & act.* [illegible] & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

TEXTUS.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quandoque nobis non eædem res, sed aliæ ejusdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum est. quia ita a me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu nascitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

Re contrahitur) Ex Cajo *l. 1. de oblig. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & seqq. l. 8. in fin. de præscr. verb.* & proprie, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in specie, ut in commodato, deposito, pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.) Quoniam hæ res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent; quod non item contingit in aliis quibus ideo in creditum ire non possunt, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Certi condictio) Mutuum contractus est μονόπλευρος, eum solum obligans, qui mutuum accepit, ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, *l. 6. & 7. de nov.* ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l. 8. l. 24. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2. *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo recte dentur?*
3. *Cur mutui datio dumtaxat consistat in rebus consumptibilibus?*
4. *Emendationem D. Salmasii in* l. 2. §. 2. de reb. cred. *non videri necessariam.*
5. *Forma hujus contractus propria.*
6. *Singularia quæ hic recepta.*
7. *Finis & effectus, tum consequentia.*
8. *Debitorem non prohiberi eamdem rem, quam accepit, in specie reddere.*
9. *Commodum æstimationis auctæ & incommodum diminutæ ad creditorem pertinere.*
10. *In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11. *Speciale esse, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12. *Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cum solvuntur, secundum comm.*
13. *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur, de substantia non esse.*
14. *Etymon mutui.*
15. *Duplexne sit, an una generalis certi condictio?*

1 MUtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari, &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecuniam proficiscatur, l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quam datum est obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem, ut decem

decim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l.* 11. §. 1. *eod. t. l. si tibi*, 17. *de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Plane si pecunia apud aliquem jam sit, v. g. ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l.* 9. §. *ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpe etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura) Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. 2. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil fere esset, in quo mutuum non consisteret. Aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere, aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa *in l.* 1. §. 1. *de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse, quod alii contra simpliciter affirmant, sed recte Bart. *in d. l.* 2. §. 1. sic distinguendum censent, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. 3. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eodem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*: id est, quoniam hæ res natura ita comparatæ sunt, ut alia aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta non aliud, sed idem quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur: & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur, quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. *d. l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* 4. Doctiss. Salm. *l. de usur. c.* 1. textum emendat, & pro *functionem recipiunt*, reponit, *suffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l.* 6. *de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisdationis, *l.* 7. *de præt. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber homo*, 37. §. 1. *ad l. Aquil.* §. 2. *Inst. de nox. act.* Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, recte dicatur fungi. 5. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Itaque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit: *Quod de meo tuum fiat*, *d. l.* 2. § 2. *de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit dominus fiat, *dict. l.* 2. §. *pen. l. in omnibus* 55. *l. de oblig. & act.* junct. *l. si ego*, 18. §. 1. *de reb. cred.* 6. Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaveris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam cederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus. Auctore Ulp. in *l.* 11. & *l.* 1. *de reb. cr.* Quamquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negot.* 34. *mand.* vid. Cujac. *tract.* 8. *ad Afric.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si verb. caut. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti, præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata præstet consumptio, *l.* 11. *in fin.* & 2. *l.* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 17. *de solut.* Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantumdem (quo æque bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l.* 2. *in princ. de reb. cred. l.* 1. §. 2. *de obl. & act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, *l.* 3. *de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hoc tit.* l. 1. §. 3. *de obl. & act.* nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res pereat suo domino, *l.* 9. *C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est, genus autem numquam perit, *l.* 11. *C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo &c.) Quod si v. c. obsignatæ dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Ut accipientium fiant) Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l.* 1. §. 2. *de obl. & act.* l. 2. *de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione plane nullus est.

Non eadem res). In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis, seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eamdem speciem, sed idem genus, *d. l.* 1. *de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic.* 55. *de solut.* 8. Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eamdem speciem, quæ accepta est, si forte ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eamdem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, Joann. Bart. *in d. l.* 2. *num.* 3. *Zas. num.* 9. Don. *num.* 5. Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam: quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum diminutæ pertineat ad creditorem, per *l. vinum*, 22. *rebus credit.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia

ut

ut inopia, quam bonitate, Don. *ad d. l. 3. num. 5. & ſeq.* At enim æſtimatio, quia credita non eſt, pro re credita invito creditori obtrudi non poteſt, *arg. d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm.* DD. Comm. in *d. l. vinum 22.* Weſemb. *part. de re reb. cred. num.* 12. quamvis contrarium uſus ſervet. Merul. *leg. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. cap. 2. num.* 22. 10. Quod ſi tamen neceſſe ſit condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem, quia forte res præſtari non poſſit, aut commutata præcedentis temporis æſtimatio: quam æquum ſit actorem conſequi, in ea ineunda tempus litis conteſtatæ ſpectandum erit, &, ſi mora facta ſit, quantum æſtimatio poſtea crevit, præſtandum, *ſ. leg. vinum. 22. leg. ult. de cond. tritic. l. quoties 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* 11. Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos neceſſe non ſit reddi in eadem forma aut materia, niſi creditor ex ea re damnum aliquod paſſurus ſit *l. creditorem, 99. de ſolut. arg. l. quæ extrinſecus 65. §. 1. de verb. obligat.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum verb. cauſ. pro aureis creditis tot argentei redditi ſunt, qui eamdem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valet decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æſtimatur, quam ex hominum inſtituto ſeu valore impoſito. Id eſt in nummis non tam inſpicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam poteſtas, valor, ſeu æſtimatio, *l. 1. de cont. empt.* ut proinde qui aureum debet, non præciſe corpus hujuſmodi debere intelligatur, ſed potius ipſius valorem, ſeu poteſtatem publica lege ei impoſitam. Sic accipiendum illud Senec. *6. de benef. c. 5. Pecuniam dicimur reddidiſſe, quamvis numeraverimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos ſolvere in alia forma aut materia licet, ſi id fiat ſine injuria creditoris. ſi damnum ex ea re paſſurus ſit creditor, non licet juxta reſponſum Pauli *d. l. creditorem 99. de ſolut.* 12. Atque hinc pendet deciſio nobiliſſimæ quæſtionis; ſi poſt contractum æſtimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in ſolutione facienda ſpectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc eſt tempore ſolutionis: intellige, ſi nihil de ea re expreſſe dictum ſit, neque mora intervenit, Car. Molinæus *tract. de uſur. n. 639. & ſeq.* Hotomann. *illuſtr. qu.* 15. Don. *ad d. l. 3. de reb. cred. num.* 10. & 11. contendunt, tempus contractus inſpiciendum eſſe, id eſt, ea æſtimatione nummos reddendos, non quæ nunc eſt, ſed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æſtimationem conſiderandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipſa æſtimatione conſiſtere: ac proinde creditori non facere injuriam qui eamdem æſtimationem, quam accepit, reddit, tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad ſolutionem mutui ſit ſatis. Itaque ſecundum horum ſententiam, ſi 100. aurei mutuo dati ſint, cum aureus valebat aſſes 50. reddantur autem, cum ſinguli valent aſſes 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in ſingulos aureos 50. aſſes, reddit quantum accepit, & liberatur, & in ſi immin[illegible] ſit ad eumdem modum aureorum æſtimatio, non liberatur, niſi reddat aureos 1[illegible]. aut in ſingulos aureos aſſes 55. Bartholus vero in *l. Paulus* 101. [illegible] Bald. in *l.* [illegible] & DD. comm. [illegible] eſt apud Bor. *deciſ.* 327. contra cenſent, ſpectandum eſſe in propoſito tempus ſolutionis, id eſt, [illegible] vel deteriore nummorum valore, ea æſtimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, ſed quæ nunc eſt, cum ſolvuntur, neque aliud ſtatui poſſe ſine creditoris aut debitoris injuria. Quæ ſententia, ut mihi videtur, & verior & æquior eſt: Nam quod contrariæ ſententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, ſed ſolius æſtimationis impoſititiæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinſecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud eſſe, quam quod publice valet, vereor, ut ſimpliciter verum ſit. Utique enim materia numiſmatis fundamentum eſt & cauſa valoris; quippe qui variatur pro diverſitate materiæ, oporterque valorem hunc juſta aliqua porportione materiæ reſpondere; neque in bene conſtituta rep. nummo ea æſtimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, ſuperet, aut ſuperet ultra modum expenſarum, quæ in ſignanda pecunia fiunt; quod ad ſingularum ſpecierum valorem parum addere poteſt. Vid. Covarr. *v. de vet. coll. numiſm. c. 7. n. 7.* Sed hoc ad actus & prædationes privatorum pertinet. Illuc pertinet, quod ſi dicimus, creditis nummis nihil præter æſtimationem eorum creditum intelligi, neceſſario ſequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere, contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de ſolut.* etiamſi damnum ex eo paſſurus ſit: nam, qui recipit, quod credidit, nihil habet, quod conqueratur. Sequitur & hoc, ſi contingat mutari nummorum bonitatem intrinſecam, id eſt, ſi valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cuſi, qui dati ſunt, puta ſi qui dati ſunt, cuſi fuerint ex puro auro, poſtea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem reſtituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum inſigni injuria creditoris, & contra Interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc caſu ſolutionem faciendam eſſe ſtatuunt ad valorem intrinſecum monetæ, qui currebat tempore contractus, teſtis Gail. 2. *obſ.* 73. *n. 6. & 7.* Borchoit. *de feud. ad c. un. quæ ſunt regal. n.* 62. Illud enim maxime in hac diſputatione conſiderandum eſt, quoniam hic finis nummi principalis eſt, ut ſerviat rebus neceſſariis comparandis, auctore Ariſtotele 1. *Polit.* 6. quod mutata monetæ bonitate ſive extrinſeca ſive intrinſeca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum creſcant aut decreſcant: quod ipſa docet experientia; eoque facit *l. 2. & l. c. t. n. pot. l.* 11. Creſcunt rerum pretia, ſi deterior materia [illegible] aut manente eadem materia, valor auctus ſit: decreſcunt ejectu materiæ melioris, aut ſi eadem bonitate materiæ, manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum ſibi perſuadet, ex augmento valoris aurei aliquid ſibi lucri accedere. Hoc autem fundamento poſito, ſiquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita demum dicendum videtur, ut ſi bonitas monetæ intrinſeca mutata ſit, tempus contractus, ſi extrinſeca, id eſt, valor impoſititius; tempus ſolutionis in ſolutione facienda ſpectari debeat. Atque ita ſæpiſſime judicatum eſt. Bor. *deciſ.* 327. Ann. Robert. *l. 1. rer. jud. cap. ult.* Mynſ. 4. *obſerv.* 1. Gail. *obſerv. n. 6. & ſeqq.* Borcholt. *ad d. c. un. quæ ſunt regal n.* 56. *& ſeqq.* Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 1. *n.* 2. D. Jac. Coren. *deciſ. hur. ſup. Holl.* 23.

Ejuſdem naturæ & qualitatis 13. Id eſt, ejuſdem generis & eadem bonitate Luc. *cap. 6. verſ.* 34. *δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα.* Atque horum alterum ut res ejuſdem generis reddantur, mutuo eſſentiale eſt, *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, neutra quidem

mutui continetur, ſed de ſubſtantia ſive eſſentia mutui non eſt, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non poteſt, quin in alium contractum res abeant. Nam ſi hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, ſed permutatio eſt, *l. pen. C. de rer. perm.* ſive contractus. Do ut des, *l. 5. §. 1. de præſcr. verb.* Poſterius poteſt ſalvo manente mutuo, ad cujus ſubſtantiam hoc ſolum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l.2. argum. d. l.3.* junct. *d. l.5. §.4.* Quæ in contractibus ſint ſubſtantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi ſententia tradit Gab. Budæus *tract. de contr. empt. part.5. n.13. & ſeqq.* Phil. Matth. *ad l. 27. de reg. jur.* Bellon. 1. *ſupput. cap. 5.*

Ut ex meo tuum fiat) 14. Bella hæc Juriſconſulti in *d. l.2. §.2.* alluſio eſt, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *l.4. de Ling. Lat.* a voce Sicula μοῖτον deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum eſt, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipſum videtur eſſe ex μεὶ & τὸν pro τίον. Grot. *Flor. ſparſ.* De quo plura D. Salmaſius *l. de uſur. cap. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem aſſerit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo niſi de meo tuum fiat, non eſt mutuum, *d. l.2. & paſſim de reb. cred.* ſed vide notata ſub §. *ult. ſup. quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *obſerv.* 37. a mutatione potius dictum exiſtimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epiſt. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem ſcribis pro mutuo inter nos animo; quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum mutare a Siculo μοιτὸν ſuum feciſſe videntur Latini. D. Salmaſius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio) Mutuum contractus eſt μονόπλευρος, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque; nam is ſolus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adverſus hunc mutuanti datur illa actio, quam Juſtinianus ait vocari certi condictionem. 15. De hac condictione magna eſt, licet non adeo magni momenti, quæſtio, utrum ſcilicet ſpecialis ea ſit, an generalis; id eſt, utrum condictio certi ex mutuo propriam & diſtinctam naturam ab aliis certis condictionibus habeat, an ſit ejuſdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque cauſa competant, ſub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet Interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem ſtatuentibus, unam ſpecialem, quæ competat ex cauſa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex cauſa ſtipulationis, *infr. de verb. oblig. in princ.*) alteram generalem, quæ competat ex cauſis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam ſuperiori, ut ſpeciem diverſæ naturæ, opponunt Accurſ. Bart. Caſtr. Jaſ. in *l.9. de reb. cred.* Cyn. Salic. ad *rubr. C. ſi cert. pet.* Poſterius vero Ultramontanis viſum eſt, qui unum dumtaxat commune genus certi condictionis agnoſcunt, ſub quo tam ea, quæ ex mutuo aut ſtipulatione, quam quæ ex aliis cauſis competit, contineantur, & ejuſdem naturæ: quæ ſententia verior eſt, per *l.24. de reb. cred. l.5. §.2. de oblig. & act. d. l.9. de reb. cred.* qui locus aperte oſtendit, in genere unam eſſe certi condictionem, in qua, quæcumque ſit cauſa petendi, petitio omnis certi conveniat, ſive petatur ex mutuo, ſive ex ſtipulatione, ſive ex cauſa legati, ſive ex cauſa furtiva, &c. Quod ſi pro diverſitate cauſæ agendi, quod medium concludendi Bartholus vocat, condictionem certi diſtinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus ſpecies ſtatuendæ, quot ſunt cauſæ agendi propriæ. Putavit Bartholus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium eſſe, quod in ea inſtituenda ſpeciali modo concludendi utendum ſit, videlicet quia mutavi: in cæteris vero ſpeciebus, & condictione certi generali ſufficere, ſi dicam me certum petere. Quod falſum eſt. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex cauſa legati, utroque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio ſpeciem futuræ litis demonſtret, *arg. l.3. Cod. de edend.* Zaſ. *ad d. l.9. de reb. credit. n.9. & ſequ.* Don. *ibid. n.4. & ſeqq.* Gœdd. *de contr. ſtip. c.11. concl.2.* VINN. Recte quidem dicitur condictionem certi eſſe actionem generalem, quæ ex omnibus cauſis, unde certum debent, competit. Sed tamen cum mutuum ſit contractus nominatus, cujus natura eſt, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu naſcentis nomen eſt *actio mutui*, *l. 5. Cod. quib. non objic. long. temp. præſcr.* quemadmodum ex ſtipulatione *actio ex ſtipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

T E X T U S.

De indebito ſoluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, ſi apparet, eum dare oportere, ac ſi mutuum accepiſſet. Unde pupillus, ſi ei ſine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum eſt, non tenebitur indebiti condictione, non magis quam mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere, cum is, qui ſolvendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere, quam contrahere.*

N O T Æ.

1. *Per errorem*) Recte *per errorem*, nam qui ſciens ſe non debere ſolvit, non repetit, *l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donaſſe cenſetur, *l.53. de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. *inf. de obl. quæ qu. ex contr. §.6.*

Ac ſi mutuum accepiſſet) Quod Cajus ſic expreſſit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus*, *l.5. §. 3. de oblig. & act.* Unde Cujac. 8. *obſ.* 34. *& par. C. de cond. ind.* ſolutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, & conſtant, promutuum vocat. Quod ſi aliæ res ſolvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non eſt: & agendum ſola condictione indebiti.

Non videtur ex contractu) Vid. *inf. de oblig. quæ cauſ. ex contr. §. 6.*

C O M M E N T A R I U S.

PEr occaſionem diſputationis de mutuo ſubjicitur hic aliquid de indebito per errorem ſoluto, ut ex textu apparet. Habet enim ſolutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congeſſit Cujac. 8. *obſerv.* 34. Duo hic referuntur, ut ſtatim videbimus.

Cæterequin non est hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Plane si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur) Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tanquam debitum.

Condictitia actio) Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis*, 14. *de reb. cred. l.7. de cond. caus. dat.* §.24. *& sequent. de act.*

Perinde ac si mutuum) Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus in *l.5.* §.3. *de obl. & act.* scribit eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen recte ad mutui duntaxat causam refertur. Enimvero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictione certi*: cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, *condictio ex mutuo*, & *condictio indebiti*: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti, siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti promutuum Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.) Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l. 59. de obl. act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam, nisi solutione factus sit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale est, *l. 5. de auct. tut. l. 4. a. 4. de dol. exc.*

Non tenetur ex contractu) Ideoque melius a Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & a Justiniano ob eam causam infra in eodem ordine repetita est, *t. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat: & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur: Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioquin si id, quod tibi commodatum est, domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum.*

NOTÆ.

2. *Item is, cui res*, &c.) Ex Cajo *l.1. §. 3. de obl. & act.*

Re ipsa restituenda) Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.) Tum quia res regulariter perit suo domino, *l.9. Cod. de pign.act.* tum quia mutui debitor generis debitor est, quod perire non potest, *l.1. Cod. si cert.petat.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

Modo alius diligentior) Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam. Excipe species in *d.l.5. §.10. & d.l.18. in fin.præc.commod.*

Nulla mercede) Commodare enim officii est & humanitatis, *l.17. §.3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quod petit, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l.1. §.ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit commodare, & quid commodatum differat a precario?*
2 *Contractus quosdam esse μονόπλευρος, quosdam δίπλευρος, alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari, casum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine semper casus veniat?*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent, & qui isti casus?*
6 *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis?*
7 *Culpa quid & quotuplex? plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?*
9 *Quid culpa levis?*
10. *Quid levissima? ubi & alia minus trita?*
11 *Latam culpam non minus, quam dolum, in omnibus contractibus præstari, rejecta Zasii distinctione.*
12 *Qui contractus dolum duntaxat recipiant: qui vero & culpam? Tum in quibus necessario etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam?*
13 *Positivos, exactus, diligens, sæpe pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.*
14 *Quam culpam præstet commodatarius?*
15. *Quando culpa a commodatario abesse intelligatur?*
16. *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc titul. recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo

mo-

modo utendum dare. Est rem utendum dare: proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l.* 1. §. 1. *comm.* 17. *in pr. de præscr. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus, *l.* 8. *ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *comm.* Quamquam auctores aliquando etiam in ejusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cic. *Verrin.* 5. *commodasti tritici modios sexaginta*, Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmas. 7. *de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc tert. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodum (quod quidam etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus a precario, quo quidem & ipsa res utenda datur & gratis, sed simpliciter, & ad certum usum, cujus rei hic effectus est, ut precarium statim cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est; commodatum non licet, nisi finito tempore utendi præscribitur, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 12. *de precar.* junct. *l. in commodato*, 17. §. 3. *commod.* Et quia precarium numquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l.* 14. *de precar. l.* 14. §. 11. *de furt.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, *l.* 15. §. 3. *de precar.* & tunc aget precario dans vel ex stipulato, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l.* 2. §. 2. *l.* 19. §. *ult. eod.* ubi vocatur conditio incerti quia contradicitur possessio rei precario rogatæ; vid. *leg.* 15. *l.* 1. *exceptionum*, 40. §. 1. *de cond. indeb.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest: quippe cui licet non uti, & beneficio renunciare.

Re obligatur) Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendum dare & tradere; unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l.* 1. §. 3. *de obl. & act.*

Commodati actione) Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usuvenit; item in mandato, negotiis gestis, & tutela; de quibus infra suis locis. Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant: quidem δίπλευροι, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur, quamvis & hi inter δίπλευρους numerentur, *supr. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ex natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim natura nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato*, 17. §. 3. *in reatu* 18. §. 2. *l. pen. comm. l. si servus*, 31. *de pign. act. l.* 5. *depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoraticius tenentur, ut scilicet rem quam acceperunt restituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur, de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem, debitorem, *contrariæ* dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra*, *depositi vel contra*, &c. Idem quoque usuvenit in mandato & quasi contractibus mandato similibus, negotiorum voluntaria administratione, & tutela, *l.* 5. *in princ.* & §. 1. *de obl. & act.* (3) contrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abest nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, *l.* 5. *depos. leg.* 6. *in fin. de his quæ notant. infam.* §. *penult. instr. de pœn. temere litigant.* VINN. Singulare quid observatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo casu, si quis mandante illo fidejussit, & ille tamen indemnitatem præstare renuit, *leg.* 6. §. 5. *ff. de his qui not. infam.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit) Notantur ex Cajo *l.* 1. §. 5. *de oblig. & act.* duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *leg.* 8. & *seq. comm.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. (1) Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est; commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, *leg.* 5. *de reb. cred. leg. si ex legati* 23. *de verb. oblig.*

Sane quidem exactam diligentiam) Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in ff. est *l. contractus*, 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. *comm.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & casu facilis perceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita *l.* 1. §. 1. *de dol. mal.* Eum omnes contractes recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l.* 5. *commod. d. l.* 23. *de reg. jur.* Cujus definitionis hæc sententia est. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est a debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, invitetque ad

ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. leg. 1. §. 1. illud, 7. depos. l. si unus, 27. §. 3. & de pact.* Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, *l. 7. §. pactum, 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti nullo judicio & a nemine præstari dicuntur, *d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *l. 23. de verb. oblig. l. 5. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum. Nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene Don. *ad d. l. 6. n. 21.* Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui prævisio non potest resisti, *l. in rebus 17. com. mod. l. ex conducto, 15. §. 2. loc. d. l. 6. C. de pign. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces, 25. §. vis major, 6. locat. l. 1. §. 5. de obl. & act.* item factum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. leg. 2. in fin. de peric. & comm. rei vend. l. cum simil. ib.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. Cod. de pign. action.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. cau. l. qui mercedem, 40. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. 3. qualis, 16. de furt. l. 1. §. sæpe, 35. depos. l. 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentiæ subjici, adstringi, obligari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. tutores, 39. §. tutores, 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sæpe 35. de depos.* Sed & appellatione casus & interdum negligentia significatur. Cajus scribens ad legem 12. tabb. *Casu*, inquit, id est negligentia, *l. 9. de incend. ruin. nauf.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium. 28. de §. incendiarii, 12. vers. non fortuito de pœn.* & ita cape, *l. 5. §. 2. l. 12. §. 2. eod.* Casus fortuiti varii sunt, veluti a vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cælitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεοῦ βίαν, *l. si merces, 25. §. vis major, 6. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum, schismata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim concurrunt, *d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* His adde damna omnia a privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos 19. comm. l. [illegible], 31. de act. empt. l. sed de damno 41. locat.* (6) Ad casus item fortuitos non sunt referendi illi casus, qui [illegible] contingere esse solent: cujusmodi sunt furta, *l. cum duobus 52. §. 3. in pro soc. l. 24. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinsecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. [illegible] & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut a grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. Gail. 2. *obs.* 21. Sande *lib. 3. tit. 6. num.* 9. Fachin. 1. *cont.* 87. Don. *ad l. 6. Cod. de pign. act. num. 6. & 3. seqq.* Sichard. *ibid. n.* 4. Moller. 4. *semest.* 31. D. Tuld. *in comm. ad tit. de l. Aquil. cap.* 8. (6) Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est; ubi nihil amplius debitori objicitur, quam casus fortuitus: cessat autem, si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam: si res debita post moram a debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. leg. nemo* 82. §. 1. *l. si servum*, 91. §. 3. *eod.* add. Christin. *vol.* 2. *dec.* 117. Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *l. 1. §. sæpe 35. depos. l. 23. de regul. jur. l. 1. Cod. depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis a quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit. primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species, quibus in contractibus præstentur. (7) Culpam definio omne factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere quod facere oportet, culpa est, *l. si servum*, 91. *princ. de verb. oblig.* sicut e contrario & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum a dolo, tum a casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est, ἀπροαιρέτως. A casu fortuito, quia quod considerate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *§. seq. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & act. l. socius socio, 72. pro soc. l. cedere diem 213. §. ultim. de verb. sign.* Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quam id factum, quod alii non nocet, *l. Gracchus, 4. C. ad Jul. de adult.* Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἐπιμέλεια: est & maxima, quam Græci μεγάλην item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. Vide Scoliast. Harmenop. *lib. 6. tit.* 2. Latam culpam e regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent: aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. (8) Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident & intelligent se cavere aut curare debere, *d. l. cedere diem*, 213. *§. ult. l. latæ*, 223. *de verb. signif. l. quod Nerva*, 32. *depos. leg. pen. §. 2. de jur. & fact. ign.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit: aut si quis rem fidei suæ commissam

missam in loco publico aut eo, quo quivis a cedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat. Ac eadem culpa peccasse, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *l. mulier*, 22. §. 3. 27. *SC. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque ictum prætereuntem interficit, *leg.* 7. *ad l. Cornel. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in *leg.* 8. §. *ultim.* & *leg.* 29. §. 3. *mand.* In summa, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *dict. leg.* 32. *depos.* gravior, *leg. homo liber*, 54. §. 2. *de acq. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *leg. magna*, 226. *de verb. sign. l.* 7. §. 2. *de adm. tut. l.* 7. §. 1. *de sup. tut. l.* 29. *princ. mand. l. cum sex*, 55. *de ædil. edict. l.* 6. *de jur. & fact. ignor.* & passim per periphrasim culpa dolo proxima, *l.* 4. *de magn. conv. l. cum res*, 47. §. *pen. de legat. l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 22. §. 3. *cum similibus*. (9) Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *arg. d. l.* 32. *depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterf. non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l.* 1. §. 4. *de oblig. & act. l. hær.* 25. §. *non tantum*, 16. *famil. ercisc. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 17. *de jur. dot. l. socio*, 52. *pro soc. l.* 21. §. 3. *ad SC. Treb.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus e multis, sed qualem magna pars patrumf. *l. quod sæpe*, 35. §. *si res*, 4. *de contr. empt. l.* 14. *de pign. act. l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis, verbi gratia, non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta bonis patrisf. diligentia præcaveri potuisset, *l.* 11. *de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, *l. imperitia*, 132. *de reg. jur. l.* 8. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 9. §. *pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpæ habendam, *l.* 9. §. 5. *l.* 13. §. 5. *locat. l.* 12. *de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet, quodcumque a diligente provideri potuit, *l. si putator*, 31. *ad l. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur, quoties verbum culpæ absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, *l.* 5. §. 2. *comm. l.* 23. *de reg. jur. l.* 21. *de neg. gest. l. hær.* 25. §. *non tantum*, 16. *fam. erc. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1. §. *sæpe*, 35. *depos. l. socius ʃ. cio* 72. *pro soc. l. in rebus*, 17. *de jur. dot. l.* 5. *l.* 8. *C. de pign. act. cum simil.* (10) Levissimam culpam opponimus diligentiæ summæ, ut sit omissio ejus diligentiæ, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterf. suis rebus adhibet, *l. in rebus*, 17. *commod. leg.* 1. §. 4. *de obl. & act. l.* 3. *de peric. & comm. rei vend.* §. 1. *infr. de obl. quæ quasi ex contr.* aut id commissum in re aliena quod diligentissimus paterf. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita, damnum, quod illatum est, vitare potuerit; nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *h. text. d.* §. 1. *in fin. infr. de obl. quæ qu. ex contr. d. l.* 1. §. 4. *de obl. & act. d. l.* 18. *comm. d. l.* 72. *pro soc.* §. *ult. infr. de societ.* Exempli gr. non carebit culpa levissima, si quis fenestras versus publicum remotiores a locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreris perticis. Levissimæ culpæ mentio fit *l. in leg.* 44. *ad l. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentiæ aut custodiæ, quo summa & exactissima significatur, *d. l.* 5. §. 2. *comm. l.* 23. *de reg. jur. l. cum res*, 47. §. *pen. de leg.* 1. Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit Decian. *lib.* 1. *tract. crim. c.* 6. & Pet. de Fab. *ad l. contractus*, 23. *de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuld. *comm. ad huc tit. c.* 8. cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magisque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdemque arbitrium illius dirigendum. Restat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. (1) Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolus est; contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus a dolo aperte distinguitur, *l.* 22. §. 3. *ad SC. Treb. l.* 7. *ad l. Corn. de sic. l. tutori*, 20. *C. de neg. gest. l.* 7. *C. arb. tut.* sed quia prope fraudem ac dolum accedit, *l. si fidei* 29. *mand. l.* 7. §. 1. *de susp. tut.* & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse, *l. quod Nerva*, 31. *depos. l.* 226. *de verb. signif.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l.* 5. §. *dolum*, 14. *ut in poss. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *t.* 1. §. *is quoque*, 5. *de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum est: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræsentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim distinctio Zasii inter culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet Mynf. *in* §. *suspectus*, 6. *supr. de susp. tut.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam malitia? quid latinis *versutus* aliud, quam homo callidus qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescumque contract s dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamsi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etsi dolus notetur particulis taxativis, *solum dumtaxat*, &c. *l.* 3. *naut. caup. stab. l.* 5. §. 2. *comm. d. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. *ult. depos. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 8. §. 3. *de prec. l. servus*, 108. §. *cum quidam*, 12. *de l.* 1. *seq. h. t. cum similibus*. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnumquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l.* 11. §. *ult. de his qui notatur infam. l.* 7. §. 1. *de susp. tut. l.* 1. §. *si is quis test. lib. l. pen. de inc. ruin. nauf.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant, in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari, per *l.* 3. *cum* 2. *seqq. de serv. corrup. l. in furt.* 50. §. *ult. de furt.* add.

quæ nos sub §. *fusu. 6. de susp. tut. tit.* 1. tit. *ult.* Plane in caussis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet, dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad l. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 3. d. tit. l. si quis, 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente, plerumque nec delictum est: veraque malitia in his requiritur, ut verba quoque proprie ac naturaliter accipienda sint, non ficte aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt; sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus. (12) sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut si quidem tale sit negotium, in quo ejus qui quid suscepit, nulla versatur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in reb. 18. comm. l. in navam, 31. circa fin. loc.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis; *d. l. 10. §. 1. comm. l. 17. §. 1. & 2. de præscr. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. servus, 108. §. tum quod, 12. de legat. 1. junct. l. cum res, 47. §. pen. eod. in. l. mulier, 22. §. 3. ad SC. Treb.* Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolum tantum coercetur, id specialem rationem habet, *leg. 8. §. 3. de precar. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. dix.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *l. 2. §. naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *l. 23. de reg. jur.* Fieri enim convenit, ut in deposito culpa quoque præstetur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, *l. 1. §. si convenit 6. dep. l. 1. C. eod. l. 5. §. interdum, 10. comm.* Possunt vero & sine conventione justæ caussæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præstare. Velut si officium sit publicis muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se ultro obtulit, veluti si depositarius, cum heres rem ... apud alium relinquere constituit, ... ultro ... fit, ut apud se ponatur ... quo casu non solum culpa, sed etiam ... diligentia in deposito præstanda, *l. 1. §. sæpe, 35. depos.* Idem ... & negotiorum gestor voluntarius ... quoque haberi potest, *l. 11. de reg. jur. l. 1. §. 1. in fin. inst. de obl. quæ quasi ex cont. l. 13. de reg. jur.* *l. 13. l. in re, C. de mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabuntur. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentia, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus: eo significamus diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam) Quoniam commodatum solum utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *d. l. 5. §. 1. comm.* quod & eodem loco expressum est, a commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cujus t. *in rebus* 18. *eod. In rebus commodatis*, inquit; *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterf. rebus suis adhibet.* Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli, l. 1. §. 5. de obl. & act.* (13) Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentium custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. C. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulp. diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. custodiam, 5. commod.* Paulus diligentem patremf. pro diligentissimo, *l. hæres, 25. §. non tantum, 16. fam. erc.* Quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur; quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem sua duntaxat gratia, quod interdum fit, commodasse sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l. 5. §. interdum, 10. comm.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest, culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *dict. leg. in rebus, 18. in fin. pr. eod.*

Si modo alius diligentior) (14) Hinc tria elicimus. 1. etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentius rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam ut eandem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat omnibus. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquando diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majorisve casus non tenetur) Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus, 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat, quale est commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus, 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam caussam dubitari potuit; & videtur ad removendum istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *leg. 6. Cod. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fide.

fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

(15) *Si non ipsius culpa*) Culpa abesse intelligitur, si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *dict. leg.* 18. *commod. d. leg.* 1. §. 4. *de oblig. & action.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l.* 10. *l. ult. commod.*

(16) *Si nulla mercede*) Commodatum nisi gratuito non contrahitur: Commodare enim officii est liberalitatis, *l. in commodato* 17. §. 3. *d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *leg.* 1. §. *ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur, aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo, ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *infr. locat. l. si polienda*, 12. *de præscr. verb.*

T E X T U S.

De deposito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit restituendæ tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.*

N O T Æ.

3. *Actione depositi*) Directa; nam contrario judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l.* 5. *pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur) Extra quam si convenerint, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l.* 1. §. 6. & 35. *depos.* quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l.* 71. *pro soc. cum simil.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili?*
2. *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit?*
3. *Ad quid depositarius teneatur?*

(1) Tertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipit, custodiendam dare, *l.* 1. *depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare: *leg. Lucius* 24. *& d. l. commendare*, 186. *de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius*, 24. & *seq.* §. 1. *eod.* In quo depositum differt a commodato, *l.* 3. §. *ult. comm.* An vero quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *l.* 3. §. *ult. dict. tit.* ita depositum in iis consistere possit, quæritur. DD. communiter id negant, tum moto sumpto ab etymologia nominis, quod a ponendo dictum, *d.l.* 1. *depos.* tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l.* 5. *sed si*, 4. *de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l.* 5. & *seq. leg. licet*. 17. *depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *leg.* 7. §. *ultim. qui satisd. arg. leg. unic. Cod. de prohib. seq. pec. c.* 1. *de sequestr. Clement. unic. eod.* quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea a litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea a domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recipit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *arg. d. l.* 5. §. 4. *de præscr. verb. l. Lucius*, 24. *depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam & commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debere illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse desinit: & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l.* 1. §. *si vestimenta*, 8. & §. *seq. depos.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depositum esse, aliquando utrumque simul. Præcipua hic inspectio est, utrum mandato commendatio custodiæ, an custodiæ commendationi mandatum, de suscipienda administratione accesserit. Hujusmodi enim contractus qui mixtam causam habent ex principali, a quo incipiunt, judicantur, *l.* 1. §. 13. *ff. depos. vel contra*. Conf. V. C. A. A. Pagenstech. *Sicilim part.* 11. §. 93. *p.* 182. HEIN.

Re obligatur) *L.* 1. §. *is quoque*, 5. *de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depositi) Actioni nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quo sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l.* 5. *depos.* Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l.* 1. §. *propen. & pen. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus, invitum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *leg.* 5. §. 2. *eod.* ut bene Cath. *in dict. leg.* 1. §. *propen. & penult.* & Costal. *ibid.* Vitiosa enim est quorumdam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis

futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere: Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest, *l. in commodato, 17. §. 3. commod.*

De ea restituenda) In specie; qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam si nummi deponantur, eadem pecunia restitui oportet: nisi forte nominatim convenit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius, 24. cum leg. seqq. l. si sacculum, §. 1. depos.*

(3) *Si quid dolo*) In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo tenetur, si quid dolo ejus pecierit, *l. 5. §. 2. commod. leg. 1. §. ultim. l. sine, 20. depos. l. 1. §. is quoque, 5. de oblig. & action. l. contractus; 23. de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit; quia pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *leg. quod Nerva, 32. depos. leg. 1. §. is quoque, 5. de oblig. & action. l. 1. C. d. depos.*

Culpæ nomine, id est, desidiæ, ac negligentiæ) Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit; levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, *§. praced.* probatum est: quod hic locus confirmat, &, unde desumptus est, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item, l. 72. pro soc. & §. ult. infr. de societ.* Igitur depositarius aut negligentiam leviorem non præstat: extra quam si in deposito convenerint, ut ea quoque præstetur, *l. 1. §. si convenerit, 6. depos.* aut si ultra se deposito obtulerit, *d. l. 5. sæpe, 35. eod.*

Furto amiserit) Furtum plerumque cum culpa patrisfam. rem suam non plane custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus, 52. §. 3. pro soc. leg. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse, quod aliquando fieri potest, *l. 14. §. idem. 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare) Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit, Scholiastes ad Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva, 32. depos.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. infr. d. societ.*

T E X T U S.

De pignore.

4. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.

N O T Æ.

Exactam diligentiam) Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Translatitium autem est, in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem duntaxat præstari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito casu) *L. 6. Cod. de pign. act.* exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo ad quem proximæ accedit, excludi intelligitur, *§. 1. infr. de locat. l. 28. C. de locat. leg. 4. Cod. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia significatio.*
2. *Etiam sola conventione pignus contrahi, sed ut nascatur obligatio pignoratitia, traditionem intervenire oportere.*
3. *Quando actio pignoratitia nascatur; & quid ea differat ab hypothecaria?*
4. *Ad quid creditor pignoratitius teneatur?*
5. *In actione pignoratitia levem duntaxat culpam, non etiam levissimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

(1) QUarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, *§. item Serviana, 7. infr. de action. tit. ff. & C. de distr. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. modo pign. vel hyp. solv.* & denique contractum, quo jus illud constituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.* (2) Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l. 1. de pign. action.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure Prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam; quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris, 17. de pign. §. Serviana, 7. infr. de action.* Cæterum ut obligatio pignoratitia constituatur, unde debitoris actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc inteligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore Prætorio, ut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur, sed de conventionali duntaxat: adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca: nam *pignus* & *hypotheca* sic fere distingui solent, ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem; hypotheca, cum res apud debitorem manet, *leg. 9. §. 2. de pign. action.*

Re obligatur) Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, etiam pignoris causa tradere creditori; potest enim pignus vel nudo

con-

consensu constitui, *l. 1. de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor, 6. de oblig. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pignoratitia) Directa scilicet, quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pignoratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, *l. debitor, 40. §. ult. de pign. action. l. 1. cum 2. seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l. 9. §. 3. eod.* (3) Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l. 3. d. l. 9. pr. eod.* aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas facit, *leg. 8. eodem.* Ab actione igitur hac pignoratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur. quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d. §. Serviana, 7. instr. de action. l. pignoris, 17. de pign.* at pignoratia est in personam, competitque debitori adversus creditorem, & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pignoratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti a Prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pignoratitiam interdum appellant, *leg. 3. §. 3. ad exhib. leg. 13. de cond. indeb. leg. rem alienam, 41. de pign. action.* & aliis locis.

(4) *Sufficere si exactam diligentiam*) Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulp. *l. 5. §. 2. commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu auctorum juris interpretati sumus levem dumtaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eamdem a debitore diligentiam requiramus, quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat, quam ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quam verbi causa commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima; levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem plane confirmat Cajus, *l. in rebus, 18. in fin. pr. commod.* ubi diserte scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expresse refertur & ab Ulpiano, *d. l. 5. §. 2. commod.* & a Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pignoratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. est præterea 3. de reb. auct. jud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquantur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut superius abunde probatum est. (5) Culpæ igitur in pignore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus 18. in fin. pr. comm.* Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare ut contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstantioribus medium teneatur, & a creditore exigatur plus quidem, quam a depositario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *dict. l. 6. §. l. 18. circa fin. princ. commod.* Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. leg. 19. Cod. de pignor.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. leg. 13. §. ult. in actione pignoratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo: ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore, & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis a commodatario exigitur, quæ pene modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis & unus forte e multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi paterfamil. nihil enim amplius a creditore Paulus exigit, *leg. 14. de pignor. act.* Quanquam fatendum est, incommode hanc speciem diligentiæ exactam a Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur, summam atque exactissimam diligentiam a creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpe non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proxime accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l. 5. Cod. de pignor. act. leg. in judicio 28. Cod. de locat. l. 4. Cod. de peric. tut.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic conjunguntur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l. 13. §. ultim. de pignor. action. leg. contractus 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *leg. quod sæpe 55. si res 4. de cont. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. Cod. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. leg. 13. §. ult. de pignor. act. & d. l. 19. Cod. de pign.* VINN. Immo omnes legis 13. § ult. ff. de pignor. act. tenebras discussisse videtur Vir Clar. Gerard. Noodt. *Probab. lib. 1. cap. 4.*

ubi una literula & interpunctionibus [illegible] immutatis legit: *[illegible] autem in hac actione & [illegible] & culpa: at [illegible] custodia; vis major non venit.* N-IN.

[illegible] fortuito casu. Nam casus fortuiti a nemine præ[illegible], [illegible] *contractus 23 de regul. jur. l. quæ fortuitis 6 [illegible]* [illegible] culpa aut mora [illegible] præ[illegible] [illegible], casum quoque præstari [illegible] explicatum [illegible] sup. §. 2.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 38.

1 *Continuatio.*
2 *[illegible] obligationis plures causæ, quam stipulatio?*
3. *[illegible] stipulationis definitio explicatur [illegible] & [illegible].*
4 *[illegible] stipulationum [illegible] varius [illegible]?*
5 *Stipulationem non [illegible] & determinatam naturam, & quid inde?*

(1) Explicita est prima species obligationum, quæ [illegible] ex contractu sunt, [illegible] tamen consensu non constant, [illegible], ad quas constituendas præter [illegible] rem intervenire oportet. Reliquæ sunt [illegible] generis [illegible], quarum altera certis verbis, altera litteris ad [illegible] accedentibus [illegible], unde illa verborum, hæc literarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proxime sequentes quinque tituli consumuntur. Litterarum obligatio breviter perstringitur. *tit. 22.* (2) Verborum obligatio, si Caio *lib. 2. tit. 9.* credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione: aut interrogatione non præcedente, [illegible] tantum loquente, aut promittente: [illegible] duo profert exempla, [illegible] dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, [illegible] præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in princ. l. 1. §. verbis, 7. de obl. & act. l. [illegible] obligatur, 52. §. 2. eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu allegatur, quam stipulatio, quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. [illegible] verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus [illegible] interrogatione & responsione certis verbis concepta. Stipulationem contractum esse, [illegible] in explicatione §. [illegible]. VINN. Verum quidem [illegible] hoc notato [illegible] contractuum [illegible] genus, [illegible] stipulationem. [illegible] non [illegible] dictionem & jusjurandum [illegible]. Hi contractus [illegible] vicentur [illegible] & [illegible] præcessisse actionem, [illegible] ex dotis [illegible], &c. [illegible] omnia pacta [illegible] tempore Justiniani, hinc [illegible] est Triboniano [illegible], [illegible] 25. [illegible] §. 7. l. 57. l. [illegible] doc. Jurisconsulti a [illegible] pactum in Pandectis [illegible], [illegible] frequens fuit, quia & stipulatio sufficiebat jam multo ante Justinianum *l. 3. princ. l. 5. ff. de op. libert. l. 44. princ. ff. de liber. causs.* HEIN. Est autem *μονολόγος* tantummodo obligans respondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet, l. 5. §. 1. hoc tit.* Verum Jurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solennia & certo modo concepta desiderat. Ex quo recte plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optime convenit, ut qui ex consensu verbis declarato obligetur; tamen a simplicitate illius juris alienus est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamve verborum linguæ nuncupandorum formulam, quod etiam Paulus non obscure innuit *l. 1. [illegible]* facit item *l. [illegible] ita 126. §. 2. 2. vers. superest. de [illegible]* add. Joann. Gœdd. *de contr. & committ. stip. c. 2. concl. 1.* Stipulationum usus jure civili maximus est: ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. (4) Quotiescumque enim, quod in nullis causis est opus, sive re ac literis obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem stipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum & sermo sæpe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiscens necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa: sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt. Itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *infr. de fidej.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de nov.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in [illegible] judiciis, *l. 3. c. de usuris.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones, & obligationes [illegible]. Quod videre est tum in pactionibus nudis, quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem, stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis, 45. de pact. l. [illegible], 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm.* Paulus *2. sent. 22. Omnibus pactis*, inquit, *stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu agi possit:* tum etiam in contractibus juris gentium, ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit, ut & firmior obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. [illegible] §. ult. de usur. l. quicquid, 99. de verb. oblig.* Denique omnium fere negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *leg. Titia, 134. §. 1. de verb. oblig. leg. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub tit. *de verb. oblig.* tanquam in Pandectis, tractantur, & [illegible] fieri [illegible]. Quod nonnulli [illegible] stipulationem non [illegible] contractum, qui per se constat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *leg. 5. in princ. vers. conventionales, hoc tit.* id DD. commu-

niter sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et recte. 5. Nam cum stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus ceteri, sed ex variis causis, sæpe etiam ex iniustis interponatur, merito requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet: quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promisisse. Enimvero in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure 29. de donat.* Illud tamen addendum summo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis, 36. hoc tit.* Gloss. & Bart. *in d. l. 2. §. 3.* Gomez. *2. var. resol.* 11. *num.* 3. quem perperam reprehendit Suarez *in annot.*

TEXTUS.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: quæ hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.

NOTÆ.

Ex stipulatu) Quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alias actio incerti ex stipulatu, *l. 24. de usur.* Ceterum generaliter & κοινῶς etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicuntur, *l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro soc. leg. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

Si incerta sit) Exempla incertæ stipulationis pete ex *l. 75. de verb. oblig.* Illa stipulatio incerta non est, *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes? d. l. 70. sac. l. 30. §. 4. ad l. Falc. l. 7. §. 1. de cont. empt.* Itaque non leviter hic errat Theoph. Quod si id, quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est: veluti si fundus sine demonstratione promissus, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum sine designatione mensuræ, *l. 93. & seq. leg. 115. princ. h. t.* Thalel. ad *leg. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

Stipulum apud veteres firmum) Hanc nomini rationem reddit & Paul. *5. sent.* 1. & probat doctissimus Salmas. *de usur. c. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum significari.*
2 *Etiam eum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet?*
3 *Stipulationis vera originatio.*

EX *interrogatione & responsione*) Verborum obligatio nascitur ex interrogatione & responsione, *leg. 1. §. 7. de verb. obl.* [illegible], *8. l. obligamur, 52. §. 1. de oblig. & act.* Nam duabus his partibus constat ista verborum conventio quæ uno nomine stipulatio a veteribus dicta est, *l. 5. §. 1. hoc tit.* non proprie, ut verba ipsa stipulationis indicant, quia interrogatio est, *spondes? promittis? dabis?* interrogatio autem sine responsione inanis est. Sed propter partium necessariam consequentiam, qua posita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci Interpretes ἐπερώτησιν reddiderunt. Harum autem parti in quaedam sunt communia, veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat quædam responsionis propria, veluti, ut qui respondet, illico faciat; ut respondeat convenienter interrogationi. Sed de his postea explicatius.

(1) *Dari fierive*) His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solum res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *leg. 2. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiscuntur actiones) Justinianus hoc passim & recte observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat, quasque ait proficisci ex stipulatione, datur & condictio triticiaria: quippe quæ si causam excipiat pecuniæ numeratæ, generalis est, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi) Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. si quis 24. de reb. cred.* dixi plura *sup. pr. tit. præc.*

Si certa sit stipulatio) Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat: incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. stipulationum, 74. & leg. seq. hoc tit.*

(2) *Ex stipulatu*) Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur, quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, recte & naturaliter dicitur, ex stipulatu agere, *l. inter, 83. §. si rem, 6. h. t. l. quod si 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia 28. de act. empt.* sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulp. *d. l. 24. de reb. cred.* eum, qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere; nimirum non habere eum actionem, quæ in specie & τεχνικῶς ex stipulatu dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, *l. 24. princ. de usur.* VINN. Ita quidem usus invaluerat, ut si certum peteretur, actio vocaretur condictio certi: sin incertum, condictio ex stipulatu: sed quia contractus nominatos producere soleat cognominem actionem, satis apparet, actionem hanc dictam fuisse ex stipulatu, non modo si incertum, verum etiam si certum petatur. Exemplum est in *l. 83. §. 6. ff. de verb. oblig. l. 42. ff. pro soc. & alibi passim.* Nihil novi est, nomen generis uni speciei hærere. Non tam ἀκριβείας hic deprehendo, quam usum vulgi, quem penes arbitrium est, vis, & norma loquendi.

Qui-

Quia priorem actionem *conditionem* certi vocabant pragmatici, hic commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex stipulatu*: HEIN.

Si incerta sit) Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiat? Sane aliquando interest etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco: an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit, *l. triticum*, 94. *cum seq. l. ita stipulatus*, 115. *in princip. hoc tit.* hic contra, vid. *sup.* §. *si generaliter*, 22. *de legat.*

(3. *Quod stipulum apud veteres firmum*) Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus 5. *sent.* 7. quam & Div. Hotomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap. 6.* Varro autem *lib. 4. de lingua*, cui fere & Festus consentit, a *stirpe* deducit. *Stipem* autem a *stipando* dictam scribit, eo quod veteres cum ære gravi uterentur, accepium majorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum *lib. 5. cap. 24.* reperio, ubi scribit, stipulationem nomen invenisse a *stipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsiones suas*: quod simpleritas, nescio.

Forte a stipite) Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat a *stipato*, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat ἀπὸ τοῦ στύπιτος, *a stipite*. Probabilius est, stipulam dictum ex Græco [illegible] & [illegible], quod Grammatici exponunt [illegible], sive [illegible], *firmum solidum*. D. Salmas. *d. loc.*

T E X T U S.

De verbis stipulationum.

1. *In hac re olim talia verba tradita fuerunt.* Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed & solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio data est, quæ solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat: quibuscumque tamen verbis expressum est.*

N O T Æ.

Utrum Latina, an græca) *l.* 1. § *ult. eod.* & sic stipulatio [illegible] quod de acceptilatione [illegible]

Hæc solemnia verba [illegible] *l.* [illegible] *C. de* [illegible] quibus opponuntur vulgaria [illegible]

COMMENTARIUS.

1. *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*
2. *Consectaria aliquot inde deducta.*
3. *Ut alia lingua quam Latina stipulatio fieri possit, a Sabino reductum videri.*
3. *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

OLim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque a Jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. §. 1. *h. t.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio a Leone postea sublata est, *l.* 10. *C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1. princ.* §. 1. & 2. *l. inter*, 83 §. 1. *l. continuus*, 137. *hoc tit. l.* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l.* 1. §. *penult.* & *ult. de oblig.* & *act.* §. *mutum*, 7. *inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse, sed nec posse in scriptis, licet partes præsentes sint: quamvis secus sentiat Wesembecius. Utitur ille argum. *l. optimam*, 14. *C. hoc tit.* & *l. non figura*, 38. *de obligat.* & *action.* Verum neutra id quod vult probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque rite factam, *l. sciendum*, 30. *hoc tit.* §. *si scriptum*, 16. *inf. de inut. stip.* §. *ult. infr. de fidejuss.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum e converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, *l. contract.* 17 *C. de instrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l.* 1. §. 2. *h. t.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligatio nec quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum. Nam dubitandum non est, quin si quis interrogatus scripto adnuat, aut per litteras respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea*, 5. *de inut. stip.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiam unum continuus esse debet, *l. continuus*, 137. *princ. h. tit.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia diversum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus*, 137. *hoc tit. l.* 12. *princ. de duob. reis.* Quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*. His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l.* 7. §. *quod fere*, 12. *de pact.* VINN. Atqui

l. 12. *pr. ff. de duob. reis*, pro *prolutus* legas *Proculus*, tunc verbum deerit ex. gr. *putat*, *scribit*, vel simile, quod si additur; emendatio erit paulo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obscuritatis erat quæstio, ut JCtos ea in re dissentisse putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolutus*, quod manifesto mendosum, legit *probatur*. HEIN.

Talia verba tradita) Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *polliceor*, aut *curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni?* *l.* 1. §. 2. *hoc tit.*

Latina an Græca lingua) Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis usos fuisse, ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *leg.* 8. §. *ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata) Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admitit, *l.* 10. *C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initium sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure Pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, *vid.* Gomez. 2. *resolut.* 9. *num.* 3. & 11. *num.* 3. Gudelin. *lib.* 3. *de jur. nov. cap.* 5. Christin. *vol.* 2. *dec.* 91. Grot. 3. *manud.* 1. D. Tuld. *comm. hic cap.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis stipulatio fit? De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit. Pure, veluti*, Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti*, Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur; sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest; quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

2. *Peti prius, &c. non potest*) *l.* 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 44. *hoc tit. l.* 9. *in fin. princ. de reb. cred. l.* 213. *de verb. sign.* quo respiciens Ulp. *l.* 41. §. 1. *h. tit.* ait, diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plene & efficaciter, non ita, ut peti possit.

Arbitrio solventis) Quoniam adjectio diei pro reo est, *d. l.* 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, *l.* 50. *de obl. & act. l.* 70. *de solut. l.* 38. §. 16. *h. t.* nihil forte dies creditoris gratia adjectus, *l.* 17. *de reg. jur.* ut in *l.* 15. *de ann. leg. l.* 15. §. 3. *de usur.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum? & exponitur* §. ult. inf. de inutil. stip.
2 *Dies incertus quando conditionem facit; & quid hic intersit legata & stipulationem?*
3 *Quid si apponatur dies finiendæ obligationis causa?*
4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem recte offeratur creditori, licet accipere recusanti?*
5 *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur quæ intentata exceptione temporali removenda sit.*
6 *Explicatio* l. 73. de verb. obl.
7 *Formula quædam ejusdem efficaciæ, & alia notatu digna.*

Divisio stipulationis a diverso contrahendi modo, quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras; nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel pure, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l.* 1. §. *depositum*, 45. & §. *seq. depos.*

Idque confestim peti potest) Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere* 213. *de verb. signif.* hoc est, id quod pure promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. cum qui*, 41. §. 1. *l. eum qui*, 56. §. *qui ita*, 4. *l. liber homo*, 118. §. 1. *h. t. l.* 14. *de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. cedere*, 213. *d. l. liber. hom.* 118. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis: eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacite insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur, quæ huc non pertinet, *l. interdum*, 73. *h. t.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. infr. de inutil. stipul. eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quod traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra

quod

quod [illegible] [illegible], & [illegible] tio [illegible] quat. Licet enim difficultas [illegible] non [illegible] actionem, *l. continuus*, 137. §. *illud* 4. [illegible] atque adeo qui decem hodie dare stipulatus est, ex ratione [illegible] non præmature agat, ac proinde nec in [illegible] plus petitionis incidat, etiamsi non cum finito [illegible] die petat, *d. l. inter homo* 118 [illegible] tamen spatium aliquod inter contractam obligationem, & [illegible] exactionem intercedere æquum est, [illegible] cum sacco venire [illegible], *argument. quod [illegible]*, 105. *de solut.* placet, debitori [illegible] ti [illegible], & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id, quod [illegible] post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui [illegible] agnoscit, quam qui negat & [illegible] *l. [illegible]*, 16. [illegible] *l. [illegible]*, 21. *de judic.* Don. ad *l. 41.* §. 1. [illegible] 54. [illegible] 44. Ceterum DD. [illegible] pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, [illegible] & moderari oportere statuunt; *argumen. l. [illegible]*, 45. [illegible], 10. [illegible]. Et sane nec [illegible] tempus [illegible] magis [illegible] cogitur, *l.* 2. [illegible] ex causa id vel [illegible] vel prorogare potest, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *cas.* 27. Dura [illegible] nimis est [illegible] in *d. l. 41.* & Tin[illegible] Fabri [illegible] sententia, qui nullum juramentum concedunt.

Cum adjecto die) Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus. quoniam incertus conditionem facit, [illegible] quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit*; [illegible] *cum Titius [illegible]* *l. [illegible] dies*, 21. & [illegible] Nam si illud duntaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse: veluti si [illegible] ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum morietur*, [illegible] hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita [illegible], *Hæres meus cum morietur, decem dato*, id [illegible] tum quasi incerto die adjecto pro conditione [illegible] habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non transeat. Si vero ita, *cum ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l. 1. §. [illegible] 79. de cond. & d. m. l. 4. quand. dies leg.* Sed non est talis legati, *Hæres meus cum morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cum morieris, decem dare spondes*; eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur. quippe quod præmoriente legatario [illegible] sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio, *cum morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *inf. eod.* Unam etiam genus [illegible] incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum [illegible] dare spondes*? quod ex [illegible] est, quorum pro [illegible] cogitatio est, ut [illegible] petiturus erit, [illegible], non [illegible], ideoque si decessero, [illegible], non videtur defecisse conditio, *l.* [illegible] certus adjectus [illegible] in [illegible] facit; [illegible] ita demum si

[illegible] actionis differendæ [illegible] quæ [illegible] Quod [illegible] terminus ad quem, [illegible] est, finienda obligatio [illegible], puta hoc modo, *Usque ad Calendas dare spondes*; [illegible], *Quoad vivam, dare spondes*? pure contracta obligatio [illegible]: cæterum petenti post Calendas, aut [illegible] obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. [illegible]*, 44. §. 1. *de obligat. & action. l. cum qui*, 56. §. *quinta*, 4. *hoc tit.* vid. quæ sub §. *sequent.* Porro dies vel aperte adjicitur [illegible] formulis [illegible], *Calendis Martii, proximis nundinis, post biennium*; vel tacite stipulationi, verbis [illegible] pure, inest propter vel loci adjectionem, vel quantitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum [illegible] futurorum, *l. 14. l. continuus*, 137. §. 2. & 3. *hoc tit.* §. *loca*, 5. *inf. eod.*

Statim quidem debetur) *L. stipulatio*, §. *inter*, 15. *l. centesimis*, 46. *hoc tit.* 7. *cedere*, 213. *de verb. sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositive nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de condit. & demonstr.* Quid ergo est, quod Ulpianus in *l. eum qui*, 41. §. 1. *hoc titul.* ait, *diem adjectum efficere, ut præsenti die pecunia [illegible]*; nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut ne peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris; [illegible] venisse negat. Etsi autem diei adjecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit; alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit, *l. 10. de condit. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & l. seq. de pecun. constit.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore recte solvat, *l. quod quis*, 50. *de obligat. act. l. quod certa*, 70. *de solut. d. stipulatio*, 38. §. *inter*, 16. *l. continuus*, 137. §. 2. *hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. C. de solut.* Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l. 41. §. 1. eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem; quæ etiam ratio redditur in *d. l. stipulatio*, 37. & *d. l. certa*, 70. Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renunciare, *per vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta dissentire, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item*, 18. *de pecun. constit.* qui locus etsi [illegible] esset, [illegible]. Nihil sententiam Cujacii juvat, *l. si soluturus*, 39. *de solut.* nunquam enim obtinebitur, [illegible] tempus esse id, quod diem adjectum [illegible]. Postea comperi, & Guil. Massium dissentire, *lib. 1. sing. opin.* c. 4. cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Plane si appareat, diem adjectum etiam creditoris gratia, aliud eidem est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l. 3. quod cert. loc. l. qui Romæ*, 122. *princ. h. t.* [illegible] *l. 15. de ann. leg. l. 17. de [illegible] jur.* Don. in *d. l. 41. §. 1. n. 47.* & *seq.* D. Fuld. *comm. hic cap.* 12.

Peti prius, quam dies venerit) Quod in diem debetur, sive ex stipulatione, sive alia causa, id ante diem

Pe-

peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non posse innumeris locis proditum est, *l. certi*, 9. *in fin. princ. de reb. cred. l. quotiens*, 24. *de oper. libert. l.* 7. *l.* 14. *quib. ex cauf. in poff. l. credere*, 213. *de verb. fign. l. obligationm*, 44. §. 1. *de obligat. & act. l.* 14. *l. qui hoc anno*, 42. *l. interdum*, 73. *l. existimo*, 98. §. 1. *hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem Interpr. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus statim agi possit. Caeterum non levis quaestio est, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Gyno & Saliceto in *leg. un. Cod. ut act. ad hæred.* circa explicationem horum verborum *agi: peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur: an vero sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitioni submoveatur? Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *dict. l. un.* & Gomez. 2 *ref.* 11. *num.* 21. Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, §. *temporales*, 10. *inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature*, *male*, & *perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quând. dies usf. leg. ced. l. liber homo*, 118. §. 1. *hoc tit. l.* 2. §. *qui ita*, 5. *de eo quod cert. loc. & tempore plus petere*, §. *si quis*, 33. *inf. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, id non *male agere*, sed *inutiliter*, *l. bovem*, 43. §. *penult. de ædil. edict.* nec *plus petere*, sed *nihil facere* dicitur, *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi pure factæ dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio fiat, clare arguit *dict.* §. *temporales*, 10. *inf. de except.* & frigide contra disputat Donel. ad *l.* 41. §. *n.* 41. & 2. *seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio elidatur: etiam adjectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus a quo efficere non potuerit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut mora ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pendere ex voluntate contrahentium, *l.* 5. *de obligat. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non minus*, 19. *de reb. cred.* ut proinde cum debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit, certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus, *l. obligationum*, 44. §. 1. *de obligat. & action.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. *hic*. Magis obstat *l. interdum*, 73. *h. t.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non antecedere diem*, &c. An dicimus aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confusim proponuntur, non unam eamdemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eamdem tamen habent omnes, sed aliæ ex tacita conditione ut stipulatio operarum; aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere*, *diem cedere*, commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci & simul actionem quoad habitum & actum primum; sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid intersit, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub. tit. de except.* VINN. Non solum in *l.* 73. *ff. de verb. obligat.* sed & in *leg.* 72. §. *ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem *Plane* inquit Ulpian. *si insulam fulciri quis stipulatus sit, non est expectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec insulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto insula fabricari possit. Sed jubi jam cœpit mora faciendæ insulæ fieri, tunc agetur: diesque obligationis cedit.* Quæ sane repugnare videntur *l.* 14. & *l.* 84. *ff. eod.* ubi post aliquod temporis intervallum, intra quod insula confici & absolvi potuerit, actio nasci dicitur. Sed non repugnant. Vere enim agi potest, ubi mora sit faciendæ insulæ, quod promissor insulam justo tempore non inchoaverit; ad id, quod interest, moram factam non fuisse. Elapso autem tanto temporis spatio, intra quod probabiliter insula fieri potuisset, agitur ad id quod interest, insulam perfectam fuisse. Eodem modo explicanda videtur *l.* 137. §. 3. *ff. eod.* uti recte observavit Harprecht. *ad Infinit. hoc tit. h.* §. *num.* 5. HEIN.

Ne eo quidem ipso die) Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit: sed cum dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest; non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem* 212. *de verb. sign.*

Totus arbitrio solventis. Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l.* 41. §. 1. *hoc tit. l.* 17. *de reg. jur.* Ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteriti, *l. qui hoc*, 42. *hoc tit. infr. de inut. stipul.* Plane si quis ita stipuletur, *hodie dare spondes?* purum esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l. liber homo*, 118. §. 1. *eod.* sive autem hac formula concepta sit stipulatio, *Proximis Calendis Martiis*, *hoc biennio*, *proximis nundinis*, *dare spondes?* sive ita, *Ante Calendas*, *ante biennium*, *ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas*, *post biennium*, *post nundinas?* non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ praeterierint, ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l.* 12. *l.* 41. *cum l. seq. l. eum qui*, 50. §. *quita*, 5. *l.* 238. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimum, *l.* 12. *eod.* Quod si simpliciter hoc modo: *Calendis Januariis dabis*, nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio

d. l. 41.

d. l. 41. in princ. Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, ita ea causa a DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuld. hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

NOTÆ.

§. *Decem annos*) Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam) Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus) Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione) Vel doli mali propter illa verba **quoad vivam**, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 2. d. l. 44. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito, annua?*
2 *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet?*
3 *Quid, cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur?*
4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos a simili legato? Et qui istius differentiæ effectus?*
5 *Quid juris in casu hic proposito?*

AGitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annua*, aut in *singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim recte peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc post Calendas petere posse: Cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. cum qui, 56. §. qui ita, 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Donello ibid. & D. Tuldeno in *comment. hic cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certe usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter casus hic esto: si ita stipulatio concepta sit, *Decem singulos in annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam*. Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis, aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos, 23. de transact. l. 12. §. novissimo, 6. quando dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quominus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6. fac. l. 9. 20. quand. dies leg. l. cum qui. 56. §. 4. h. t.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur, idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi: non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in se, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, *l. qui hoc, 42. hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum a te stipulatus, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest: eademque ratio est sequentium, *l. lecta, 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui, 49. de legat. 1.* Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 6. §. 1. hoc tit. arg. l. 13. Cod. eod.* Moller. *5. semestr. 48.* quamvis id neget Bart. *arg. leg. sancimus, 35. §. ult. versic. sin autem, C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro dict. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum, *vel non adjicitur*, ut Græci *lib. 47.* σιαλ. κιτ. Multum ergo differt stipulatio in singulos annos a simili legato. Legatum annuum multiplex est *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, *l. 9. dict. tit. l. 16. § 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur, quo legatarius vixit, *leg. 4. l. 8. de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat. *l. 1. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *d. l. 16. §. 2. hoc. tit.* ut tamen si plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si a colono, 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *l. senatus, 35. §. ult. de mort. caus. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa [illegible]

tum

cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l. 12. §. 2. quand. dies legat.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si stichussam. & d. l. senatus, 35. §. ult.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in singulos annos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* Cur tam varie? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivit legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l. 9. cum seq. pro soc.* quoniam neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, *l. 9. de prob.* Plane si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l. 10. §. 1. de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Justinianus expresse ait, hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat, *l. eum qui. 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum, 44. §. 1. de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l. 16. §. 1. hoc tit.*

T E X T U S.

De Conditione.

4. ***Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti***, Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? ***Si quis ita stipuletur***, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit ac si stipulatus esset, cum moreretur sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

N O T Æ.

4. *Proinde ac si cum moreretur*) In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt; altera vero, *cum moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l. 17. & seqq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus) Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *leg. 57. hoc tit. fin. l. 8. de per. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis, *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l. 26. de stip. serv. l. 144. §. 1. de reg. jur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt, *d. l. 4. & 5. l. un. §. de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & a quib. man. l. 78. hoc tit. l. 18. de reg. jur.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quid sit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant?*
2 *Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris?*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?*
5 *Pendente conditione nihil tum deberi, & quæ inde consequentia?*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

HActenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ fit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. infr. eod.* & quas certum est omnimodo exstituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si morieris; si Calendis sol orietur*, *l. 10. de cond ind. l. hæres, 79. de condit. & dem. l. 9. §. 1. de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quidquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis, 46. §. 2. l. quidquid, 99. §. 1. l. a Titio, 108. l. ita stipulatus, 115. §. 1. & 2. h. t. l. 2. l. 7. de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet a solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit*. Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis*. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris*. Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l. hoc tit. impossibilis, 11. infr. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, *l. 17. d. l. 46. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. empt.*

Cum in casum differtur obligatio) Atque ideo, existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere, 213. de verb. signif.* Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis hic propositis, sed etiam intellecta seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incer-

certus ſtipulationi adjectus fuerit, qui an exiturus ſit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonſtratione rei promiſſæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare ſpondes*; *l. 6. de legat. 1. l. nuper, 85. de legat. 3.* item in hac, *quod patrem meum debere conſtiterit, dare ſpondes? l. qui Romæ, 122. §. Aggerius, 4. hoc tit.* vel ex rei promiſſæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum eſt in rerum natura; utrum autem futura ſit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis eſt promiſſio fructuum, qui in fundo naſcentur, *l. interdum, 73. h. t.* item promiſſio dotis, cui ineſt hæc conditio, ſi nuptiæ ſequantur, *l. 21. de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & ſi quæ ſunt ſimiles, ſciamus conditiones eſſe.

Committatur ſtipulatio) Committi ſtipulatio dicitur exiſtente conditione, ſub qua ſtipulatio facta eſt, ut jam ex ea agi poſſit, *l. ita ſtipulatus, 115. §. 1. & 2. l. qui Romæ, 122. §. Aggerius, 3. hoc tit.*

Si in Capitolium non adſcendero) Juriſconſulti cum de conditionibus tractant, celeberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adſcenderis*, aut, *Si in Capitolium non adſcenderis*. Quod ex conſuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut ſacra facturi una cum Pontifice in ſacram arcem ſcandebant, Horat. 3. *carm. ad Melpemenen. Od. 40. v. 6.*

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Uſque ego poſtera
Creſcam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib. 14. cap. 61. Exin Capitolium ſcandunt, Deoſque tandem venerantur*, Plin. *in paneg. cap. 5. Tibi adſcendenti de more Capitolium civium clamor ut jam Principi occurrit*. Plura hujuſmodi in veterum ſcriptis obſervavit D. Duar. *1. diſp. 14.*

Ac ſi ſtipulatus, cum moreretur) In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo ſunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum ſit, fieri amplius non poſſe. Ut ecce, ſi hoc modo ſtipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adſcenderis, dare ſpondes?* non niſi præterito biennio recte petam, *l. quicquid, 99. §. 2. hoc tit.* Idem eſt, ſi conditio in dando poſita ſit, dummodo ſtipulatio a conditione incipiat: veluti ſi ſit ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dare ſpondes*; nam & hic reſponſum eſt, non ante committi ſtipulationem, quam ſi Pamphilus deſiiſſet poſſe dari, *l. ita ſtipulatus, 145. §. 2. eod.* Dixi, ſi ſtipulatio dandi a conditione cœpit: nam ſi non a conditione, ſed ab alia pactione cœperit, veluti ſi ita fuerit concepta, *Pamphilum dare ſpondes? Si Pamphilum non dederis, tantum dare ſpondes?* committitur ſtipulatio ſimul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l. 115. §. 2.* His conſequens eſt, ſi ſimpliciter ſic fuerit concepta ſtipulatio: *Dabis, ſi in Capitolium non adſcenderis?* poſt mortem demum rei promittendi ſtipulationem committi, quandoquidem tum demum certum eſſe cœpit, in Capitolium eum adſcendere non poſſe, *d. l. 115. §. 1.* Quod ſi conditio non faciendi in perſonam rei ſtipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hic propoſito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo caſu hæres promiſſoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres ſtipulatoris. In legatis ſub conditione non faciendi collata in poteſtatem legatarii aliud ſervatur, placetque deſiderante legatario, ſtatim repræſentari legatum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator fieri noluit; ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum: quæ cautio, quod a Q. Mucio inventa & compoſita eſt Muciana dicta, *l. 7. 18. l. hæres, 79. §. 2. de condit. & demoſtr.* Quæ vero ratio eſt, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admiſſa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati teſtatoris ſatisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod ſolum teſtator creditur ſpectaſſe. In ſtipulationibus autem ſine injuria promiſſoris admitti non potuit. Nam qui promittit ſub hujuſmodi conditione, *ſi in Capitolium non adſcendero*, ſatis aperte hoc agit, ut ne ipſe unquam conveniatur, ſed demum ipſius hæres: & eadem conditione in perſonam ſtipulatoris collata, ne ſtipulator unquam petere poſſit, ſed illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo ſecundum promiſſorem interpretatio ſit, & ſtipulatori imputatur, quod non apertius ſtipulationem conceperit, *l. quidquid, 99 hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. *2. conj. 16.* quod niſi hæc cautio inventa eſſet, legata ſub conditione non faciendi intercciderent: quam & olim Porcius attulit, & ſolidiorem eſſe nonnulli exiſtimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere poteſt; in legatis falſa eſt: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, ſufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inſt.* Gomez. *2. reſol. 11. n. 37.* Cujac. *14. obſ. 22.*

Ac ſi cum moreretur) Hoc magna indiget cautione. Nam ſimilitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adſcendero, dare ſpondes?* & *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat conſiſtit, quod ex neutra cum promiſſore agi poteſt ante mortem ſtipulatoris: cæteræ ſunt diſſimiles. Quippe prior illa conditionalis eſt, non actionem tantum, ſed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua, licet ante diem non recte agatur, præſens tamen obligatio eſt, *leg. nam, ſi 17. cum l. ſeq. de cond. inſt.*

Tantum ſpes eſt debitum iri) Vis conditionis omnis hæc eſt, ut pendente ea nihildum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac ſi ab initio pure debitum fuiſſet: deficiente, quaſi nulla unquam fuiſſet obligatio, *l. 16. de cond. ind. l. 26. de cond. inſtr. l. 5. §. 2. quando dies l. l. cedere, 213. de verb. ſign. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1, qui pot. in pign.* Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata ſit, conſequens eſt, id quod ſub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte ſolvi, ac proinde, ſi pendente conditione ſolutum ſit, repeti poſſe, *d. l. 17. l. 17. l qui promiſit, 48. de cond. ind. l. ſtipulatio, 3§. §. interdum, 16. h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut conſtitui, niſi hac lege, ut eadem conditio expectetur, *l. 14. §. 1. de novat. l. id quod, 19. de pec. conſt.* Hinc intelligitur, quantum interſit inter ſtipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque ſpem in hæredem tranſmittimus) Si pendente conditione aut ſtipulatori aut promiſſori quid humanitus contingat, nihilominus in ſuſpenſo manet obligatio, atque exiſtente poſtea conditione ſtipulatio committitur, ut aut hæres ſtipulatoris agere, aut hæres promiſſoris conveniri poſſit, *§. penult. infr. de inut. ſtip. leg. ſi quis, 57. hoc tit. l. in quantitat. 73. §. 1. ad leg. Falcid. fac. l. 8. de per & comm.* Non obſtat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam conditio exiſtens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc eſt, ubi ſemel extitit conditio, perinde habetur, ac ſi ab initio ſine conditione obligatio contracta fuiſſet, *l. 11. §. 1. qui pot. in pign.*

in pign. d. l. 8. de peric. & commod. Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti? *l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies legat. l. unic. §. sin autem, 7. Cod. de eadem toll.* Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l. 9. pro soc.* existimandum est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas paciscentium, quam ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam hæredibus suis prospectum velit, *leg. 9. de probat.* add. Gomez 2. *resol.* 11. *n.* 12. D. Tuld. *comm. hic cap.* 7. Ad hæc contractus esti conditionalis est, tamen ex præsenti vires accipit, *l. 26. de stipul. serv.* argumentum est, quod jam ab initio hactenus personas contrahentium adstringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *leg. 5. C. de oblig. & action.* Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea, placet, creditorum numero in quibusdam causis haberi, *l. 10. l. conditionales, 54. de verb. signif. l. 4. de reb. auct. jud. poss. l. 9. §. 1. t. t. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 73. hoc tit. l. 16. de solut.* in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, *l. is cui, 42. de obligat. & action.* Cujac. *in. d. l. 10. de verb. signif.* VINN. Et hanc posteriorem rationem breviter inculcat Paulus, *l. ult. ff. comm. prædio. Nec enim sicut viventium, ita & defunctorum exitus suspendi, receptum est.* Quæ verba eleganter interpretatur D. Hubert *Prælect.* ad *Instit. hoc tit.* §. 3. HEIN. Enimvero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionali stipulatione, quæ spes est debitum iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ a causa pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, *arg. l. qui hæredi, 44. l. si expressum, 69. l. a testatore, 109. de cond. & dem. l. si ita, 65. §. 1. de legat.* 1. Gail. 2. *observ.* 2. Verum ergo putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas conditiones arbitrarias, ut siquidem factum contineant cohærens personæ, aut alias in opponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad hæredem non transeat. 7) At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta, si in dando consistat, hic quia non videtur persona operave personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrariæ ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujusmodi conditio, per quemvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inst.* fac. *leg. diem, 27. §. 1. de recept. arb. l. si prædio, 15. de in diem addict. leg. 8. de per. & comm. rei vend. leg. 2. Cod. de pact. int. empt.* Vid. Duar. *in Scævol. num.* 14. *& seqq.* Cujac. *in leg. si quis, 57. hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 9.

T E X T U S.

De loco.

5. *Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti,* Carthagini dare spondes? *Quæ stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Romæ ita stipuletur,* hodie Carthagini dare spondes? *inutilis erat stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

N O T Æ.

5. *Impossibilis repromissio*) Cajus tamen *l. ultim.* §. 4. *hoc tit.* casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

COMMENTARIUS.

Hujus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quæ licet verborum figura puræ sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationis insertus est.

Re ipsa dilationem habet) Cum stipulamur quid dari certo loco: puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verbis pura ex re ipsa dilationem capit. inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui præstatio fit impossibilis, *l. eum qui, 41. §. 1. l. interdum, 73. l. continuus, 137. §. 2. h. t. l. 2. §. qui ita, 6. quod cert. loc.* Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus,* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis; πρὸς τὸ τοῦ ὁδοῦ διάστημα, ætatis, sexus, valetudinis quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.) Si quis Romæ stipuletur: *Hodie Carthagine dari,* inutilem esse stipulationem placet, *d. l. 2. §. quis ita, 6. quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem, cæterosque contractus vitiari constat, *l. non solum, 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. si impossibilis, 12. instr. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impossibilem, aut spatium temporis addendum impossibile, pro non adjecto haberi, *l. 1. l. 6. de cond. instit. l. 3. de cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1.* Diversitatis ratio alibi a nobis indicabitur, *d. §. si impossibilis,* 11. Cajus *l. ult. §. si inter, 4. hoc tit.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes?* valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De conditione ad tempus præsens vel præteritum relata.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, qui statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti. Si Titius consul fuit: *vel*, Si Mævius vivit, dare spondes? *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sunt.*

NOTÆ.

6. Ad præsens, vel præteritum tempus) Conditiones ad præsens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantum κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. hoc tit.*

Nihil valet stipulatio) Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem*.

Licet apud nos incerta) Dummodo jam sint, aut præterierint: ut si non a nobis, saltem ab aliis sciantur, *l. 38. de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur inscitiam, *l. 21. §. ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita, Demosth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις

COMMENTARIUS.

In futuris inscientiam nostram inspici, non rerum naturam: in præsentibus & præteritis contra.

Conditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §. 4. *supr.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præsens aut præteritum: nam futura tantum incerta sunt, præsentia & præterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere: veluti, si quis dixerit: *Si Rex Parthorum vivit, si Cæsar victoria potitus est*. Sed in proposito aut statim obligationem perimi; aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l. conditio, 100. l. si ita, 120. hoc tit. l. cum ad 37. cum, 2. seqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præsens Hæ orationes, *Si Titius consul factus est, Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt: quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ: pure, si veræ. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *leg. Cornelius, 69. de hæred. inst. l. itaque, 39. de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur: quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est extituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur, l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. indeb.* VINN. Non magis proprie conditionis nomen meretur conditio impossibilis, partim quod ea obligationem non suspendit, sed perimit; partim, quia eventus jam antea certus est, nempe quod conditio numquam sit extitura. Ergo & hæc proprie dicitur conditio. HEIN.

Aut statim infirmant obligationem) Modestin. *l. conditio hoc tit. 100. perimunt*. Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, necne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse fallam.

Nihil valet stipulatio;) Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *leg. 37. de rebus cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt) Dummodo jam sint aut præterierint, aut etiam ab hominibus licet non omnibus sciantur. *l. respiciendum, 30. de reb. cred.* Unde apparet non recte cum casu hic proposito comparari casum *l. sed etsi, 28. §. ultim. de jud. & l. 3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne an plures, & quot in utero sint, & an nasciturі sint; ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alicui etiam certa: quæ futura sunt, *d. l. 28. ult. de judic.* quamquam in specie illic proposita narrasse Jurisconsultos constat ex *l. cum quidam, 30. §. suum, 6. de acquir. hæred.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quæritur, & petitionem, quæ indicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d. l. 28. §. ultim. de judic.* Nam & in termini hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdium is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit; licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujuscemodi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quantumvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio, 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, *leg. cedere diem, 213. de verb. signif.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum a judice dabitur, ut recte Joann. Faber. *hic*.

TEXTUS.

Quæ in stipulatum deducantur?

7. *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet.* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda.* Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes.

NOTÆ.

1. Sed etiam facta) *L. 2. pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, sed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quamquam interdum distinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *leg. 14. l. 84. eod.* hæc, si quid factum sit, contra quam cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.*

Optimum erit) Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. *de benef. 6.*

Ne quantitas stipulationis in incerto) Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, *d. l. 75. §. 7.* Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem est incertum, quod non in jure, sed in facto consistit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem rat. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. præt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cum quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur?*
2 *In facti obligatione numquam factum ita versari, uti peti possit, sed id quod interest duntaxat.*
3 *Facta hic intelligenda nuda & simplicia, non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris hodie?*
4 *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione?*
5 *Pœnæ stipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6 *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio?*

INsignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* (1) Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. ubi 77. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si fit, incertum quale sit: sed multo magis, quia si promissor non faciat, per moram tacita quadam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id, quod interest, cujus quantitas est incerta, *leg. si pœnam, 68. eodem*, & ideo utile est, stipulationi facienda pœnam subjicere; quod hic monet Justinianus, & Venulejus, *l. ult. de præt. stip.* (2) Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet, non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod promissum est; sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promisit liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes, 72. l. si insulam, 84. l. si quis 112. §. ult. hoc tit. l. 12. in fin. de re judic.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *dict. leg. si insulam, 84.* Nam hic locum habet, quod de emendatione moræ a Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus, *leg. si servus, 91. §. 3. hoc tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VINN. Ita quidem vulgo. Sed nulla ex addictis legibus hoc probat. Non enim quæritur, an qui factum promissum non præstitit, deleat, id, quod interest. Id leges adfirmant, & nemo negat. Sed quæstio est, si, qui factum stipulatus est, urgeat, ut promissa exhibeat, an non remediis Prætoriis compelli possit promissor, ut faciat, quod se facturum promisit? Et id nunquam negant leges. Adeoque falsa sunt illa quæ vulgo audiuntur. Ad factum nemo potest cogi. Item; Qui factum promisit, liberatur, præstando quod interest. Vid. Cujac. *ad leg. 72. ff. de verb. obligat.* Coras. *Miscell. lib. II. cap. 3.* Perez. *Erotem. ad §. ultim. Instit. hoc tit.* D. Huber. *Prælect. ad instit. hoc tit. § 5.* HEIN. (3) Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt. *Romam ire, tabulam pingere, insulam ædificare, fossum fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur: peti nunquam possunt, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuit fieri quod promissum est. At si factum quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem, ordinetur, id magis pro donatione, quam pro facto habendum puto, *arg. l. in conventionalibus, 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, l. 11. §. 2. *de act. empt.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcise præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agitur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servituris videatur. Duaren. in *dict. leg. stipulationes, 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est. Vid. Christin. *volum. 1. decis. 323.* No-

stro hodierno fure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcise cogi ad facti præstationem, tradit Groenew. *de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per art. 275. & seqq. Inst. Supr. Cur. Holl. art. 14. & seqq. ampl. Inst. Cur. provin.* Et sane probant hi textus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quia & facere recusantem in custodia aliquandiu detineri; quod a ratione juris Romani alienum videtur. Atque tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax ille perseverat, recurrendum tamen erit ad ejus æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Id non fiat. Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quæ continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire, agere liceat*, &c. *l. 2. §. penult. hoc tit.* quamquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *leg. ult. 75. §. quid id, 7. eodem.* Hujusmodi vero stipulationes numquam aliter committuntur, quam si quid factum fit contra quam cautum est, *dict. l. 2. § penult. leg. 4. §. Cato, 1. eodem*, & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod tam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulatori: id autem est id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere. Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita a Paulo in *l. stipulationes, 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est, quare hoc pro confesso nunc tenemus. At quomodo hac ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta? (4) Nimirum quia id ipsum quod interest est incertum, *l. ultim. si quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. leg. 68.* vult intelligi. Est vero id quod interest incertum duplici ratione: ab existentia ipsius rei, & a probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. si commun. 13. rat. rem hab.* Ut ergo quid nostra interesset, hinc pendet, si quid amisimus ob id, quod factum non est, quod fieri debuit: aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum vero hoc incertum est, quia nec amittamus aut lucremur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, aliis plus, aliis minus amittamus, interdum etiam ut nihil. Secundum quæ eadem quoque ejus quod interest, æstimatio facienda, *l. si quis, 13. in princ. de re jud. l. si quis stipulatus, 112. §. 1. hoc tit.* inde dictum, cujusque interesse, in facto, non in jure, consistere, *l. quotiens, 24. de regul. jur.* Ratione quoque probationis incertum est, id quod interest: neque enim facile probatu est, habuisse nos aliquid, & propter cessationem aut factum promissoris amisisse: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos excidisse. (5) Cum autem id quod in vero est, probari non possit, licet in conventionem sequitur, quod in eo quod interest, ad minimum tamen non debeatur, *leg. ultim. de præst. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurri possit pœnam stipulationi faciendo, nemo non fatebitur, *Optimum esse*, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & a re ipsa, & a probatione. A re, quia certa quantitas verbis stipulationis comprehensa est; a probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque vero hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventione pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod interest; nec amplius quæritur, an & quanti intersit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio, 38. §. alteri, 17. hoc tit. §. alteri, 19. inst. de inutil. stipul.* Verissimum igitur est, quod non sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnalem etiam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua intersit. (6) Sed non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *leg. 10. §. §. 1. de pact. l. ita stipulatus, 115. in fin. princ. l. qui Romæ, 122. §. 2. hoc tit. l. si quis, 41. cum seq. l. duo, 71. pro soc. l. prædia, 28. de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit: crediter vero liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maxime jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. *ad dict. leg. ita stipulatus, 115. num. 31.* in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subjicitur pœnalis, per *l. obligationum, 44. in fin. de oblig. & action.* effectum tamen ex constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenerit, *leg. ultim. Cod. de novat.* Quamobrem utrumque in propatulo debetur, & res aut id quod interest, & pœna, quamquam alterum duntaxat peti potest, *leg. 4. §. Labeo, 7. de dol. mal. leg. 10. §. 1. de pact. d. leg. ita stipulatus, 115. hoc tit. leg. si pro fundo, 33. Cod. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, recte adhuc petet, quod pluris sua interest, *dict. leg. prædia, 28. de action. empt. leg. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni incerta clausula, *rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *leg. si quis, 30. de recept. leg. 16. de transact. l. cum proponas, 17. Cod. eod.* D. Tulden. *hic cap. 4.* Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factarum, atque improbari, quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *leg. pœnam, 44. de usur. leg. cum allegat. 55. 55. Cod. eod. l. 13. §. ibid. 26. de action. empt.* add. Pompon. *lib. 12. tit. 9.* Carond. *lib. 6. resp. 59.* Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Conclusio hujusmodi) Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, sive quid fieri stipulemur, sive quid non fieri, sive simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis perspicuum est: adde tamen *leg. cum quid, 71. leg. continuus, 137. §. pen. hoc tit.*

T I-

TITULUS DECIMUS SEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI, ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 2. *C. Lib.* 8. *Tit.* 40. *Novell.* 99.

Continuatio. *Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.*

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.* 3. §. 3. *de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod a jure reliquorum stipulatorum & promissorum longe dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur, quod & factum est in ff. & C. Reus a re, id est, lite dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.* 2. *de Orat. cap.* 43. *Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur*. Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est*. Pomponius *l.* 5. *de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt*. Et quamquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipue judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus, nec solum rerum promittendi, debendi, satisdandi, verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri possunt?

Et stipulandi & promittendi duo pluresve fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: Spondeo, *ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat*; Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interroganti spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt*; Mævi, decem aureos dare spondes? & Sej, eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim*, Spondeo.

NOTÆ.

Utrique vestrum dare spondeo) Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt, ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, §. *prox.*

Singulis separatim spondeo) Aut *Spondemus l.* 4. *hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *eod.* & *dict.* §. *prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita Cod. hoc tit.*

COMMENTARIUS

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent a fidejussoribus?*
3 *Orationis distributivæ & alternativæ hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum, copulativæ non item.*
4 *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum,*

ET *stipulandi & promittendi*) Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l.* 1. *hoc tit.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator: reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l.* 6. §. *ult. l.* 12. *pr. hoc tit.*

(1) *Stipulandi ita*) Duos reos stipulandi hoc modo recte definiendi, qui eamdem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eamdem stipuletur, ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur, & igitur sive res diversæ a duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa a Sejo, alter a Sempronio, vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri, puta res ipsa, alteri rei æstimatio, duo rei stipulandi non erunt, *hoc text.* & *seq. l.* 2. *l.* 9. §. 1. & 2. *l.* 15. *eodem l.* 3. *Cop. eodem*.

Nam si prius) Hoc tamen non ita præcise accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita numquam constitui intelligantur, cum singulis separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & spoponderunt, *l.* 3. *in fin. hoc tit.*

(2) *Duo rei promittendi*) Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eamdem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* §. 2. *inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus distinguatur a fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse nominatim adjici, ut correi sint, ut aut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant: sed id ex forma etiam ipsius stipulationis æstimari, argumento est cum hic textus & *l.* 3. & *l.* 4. *eodem* tum quod alioqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur, an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse: *Cuilibet, vel utrique nostrum dare spondes?* aut, *Quilibet vel uterque vestrum dabis?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. (3) Hæc enim vis est distributivæ, ut cuilibet attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l.* 8. §. 1. *de leg.* 1. Copulativa vero per se vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint,

singulas partes vi... debeantur, aut singuli debebunt, nisi repetit... *m*, *hoc text.* & *l.* 2. *eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, *l.* 11. §. 1. & *l. eadem.* Plane post constitutionem Justiniani *Nov.* 99. *c.* 1. unde *auth. hoc ita Cod. hoc tit.* (4) non aliter duo rei debendi ac correis credendi nihil novi constitutum facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum retineretur; quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem alterni periculosum existimavit Gudelin. 3. 3. *de jur. cap.* 11. & *lib.* 4. *c.* 7. Christin *volum.* 5. *decis.* 205. Gail. *observ.* 28. *n.* 6.

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. *Et stipulationibus*) Cujac. & Hotom. *stipulantibus.* Theoph. ... *& stipulantium singulis solidum debetur.* Recte.

Vel alter solvendo) *l.* 3. *in fin. hoc tit.* vel acceptum rogando, *d. l.* 2. *l.* 16. *de accept.* novando, seu alium debitorem dando, *per l.* 30. *ad SC. Vell.* jurando, *l.* 28. *de jurejur.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscantur, *l.* 21. §. *ultim.* & 44. *ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis: In foro tamen mercatorum hoc non observari.*
2 *Non solum solutione uni ex duobus reis credendi facta, sed etiam quovis alio modo, qui ... fit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3 *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari; item alia non protrita.*
4 *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus cæteros actionem habeat?*

IN causa plurium reorum etsi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l.* 13. *eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum active & passive consistit. Unde existunt duæ obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum) Hoc primum est harum obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *hoc tit. l. si rem*, 31. §. 1. *de novat.* (1) Cæterum circa reos promittendi Novella Justiniani constitutione *de reis promitt.* 99. vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam ... a duobus debendi reis in solidum a creditore conventus petere possit, ut divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta Mynsf. Schneid. *hic*. Gomez. *variar. resol.* 2. *cap.* 12. *n.* 1. Gail. 2. *observ.* 14. *num.* 5. Sichard. *in l.* 2. *hoc tit. n.* 5. Gudelin. & Christin. *ubi supra*. Grot. 3. *introduct.* 3. Moller. 5. *semest.* 62. ubi post Jason. & Joann. Ronchegall. excipit correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *dict. Novellam* perperam intellectam, atque ab Irnerio *authent. hoc ita Cod. hoc tit.* positam esse alieno loco, non enim de correis debendi in *dict. Nov.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l.* 11. *princ. eodem*. Argumento utuntur inscriptione Græca, ... , qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego vero cum Cujacio existimo, eodem nomine a Græcis appellatos esse, & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori*, 17. §. *ult. ad SC. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscure confirmat. Plane secundum generalem consuetudinem Antwerpiæ inter mercatores observatam, *dict. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor utrumque ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione* 49. *Curiæ Hollandiæ*. VINN. Sed posterior Novellæ interpretatio, quamvis a Vinnio rejecta, omnino verior est non solum ob inscriptionem græcam & verba ... , quæ in ista *Novella XCIX. cap.* 1. occurrunt, sed cum maxime ob *l.* 11. *ff. de duobus reis*, cui derogatum voluisse videtur Justinianus, dum ibi negatur beneficium hujusmodi competere *correis promittendi; VICE MUTUA fidejussoribus*. HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo) Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare: & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorem suum potest. (2) Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non a se tantum eum liberabit, sed a cæteris quoque, totamque tollet obligationem, veluti si promissori acceptum tulerit, *l.* 2. *hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem*, 31. §. 1. *de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus*, 28. *princ. de jurejur.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurand.* 27. *eod. tit.* item si unus pecuniam sibi a promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit, *per l. qui decem*, 72. *princ. de solut.* Paciscendo vero ne a promissore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est,

est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus*, 27. *in fin. princ.* junct. §. 4. *versic. ante omnia de pact.* His porro consequens est, quod traditur *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem; quod sic explicatur in *d. l. 31. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere; & apertius in *l. 11. §. sic evenit*, 21. *de legat.* 3. unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi; ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus* 16. *hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.* (3) Proinde & acceptum rogando, *l. 2. eod. l. si ex pluribus*, 16. *de accep.* item novando seu alium debitorem dando; per *l. si pro uno*, 20. *ad SC. Vell.* ubi Cujac. 8. *ad African.* & jurando, *l. in duobus*, 28. *de jurejur.* Non autem paciscendo, nisi forte paciscentis intersit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, *l. & hæredi*, 21. §. *ult. cum* 4. *ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, *l. penult. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l. 1. §. sive apud* 43. *depos. l. 8. §. 1. de legat.* 1. *l. amissi*, 52. §. *ult. de fidejuss. l. reos*, 23. *Cod. eodem* collati *cum l. decem* 116. illic, *non enim sunt duo rei de verb. obligat. l. si per imprudentiam*, 51. §. *ult. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, *l. 10. hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora*, 31. §. *penult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fusius explicantur a D. Donello ad *tit. C. de duobus reis*, *cap. 7. & 2. seqq.* (4) Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit, etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit; de quo consule Sichard. in *l. divisa*, 13. *Cod. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei, qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l. 2. C. l. hoc tit.* Ita visum Interpretibus communiter, & sæpe judicatum est testibus Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 114. *& vol.* 4. *decis.* 158. contra quam tamen sententiam disputat idem Ant. Faber, 11. *conject.* 6. *& seqq.* Sane *d. l.* 2. commode accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat. Bart. *in lege reos*, 11. *hoc tit. num.* 9. Wesemb. *parat. eod. num.* 7. Concludunt autem, non cogi, nisi vel socii sint, vel ita convenerint, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. §. l. 11. hoc tit. l. in lege* 62. *ad l. Falcid. l. qui hominem* 34. §. 1. *de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quominus ab eo, qui pure obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

2. *Vel sub conditione obligari potest*) Dummodo eadem res sit in cujusque persona, & causa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l. 7. d. l. 9. §. ult. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l. 9. prin. l. 1. §. 44. & 33. depos. l. 8. §. 1. de legat.* 1. *l. 5. Cod. si cert. petat.*

COMMENTARIUS.

1 *Imparis causæ susceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire?*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam circa stipulationem constitui posse.*

(1) DUo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *leg. si id*, 15. *hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter cultum præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florent. *l. 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat. quæ vero a modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem; ita Joann. Fab. & Canonic. *hic*. Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *dict. l. 9. §. ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quam, quam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. (2) Credendi, veluti, si duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur; quod in deposito indicat Ulpian. *l. 1. §. sed si duo* 44. *depos.* Testamento, si testator eamdem rem, eandemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato*, *arg. l. 8. §. 1. de l.* 1. Debendi, veluti, si quis eamdem rem apud duos deposuerit utriusque fidem in solidum secutus, vel eamdem rem duobus similiter commodaverit, *d. l. 9. in pr. h. t. d. l. 1. si apud* 43. *dep.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus; decem Seio dato*, *dict. l. 8. §. de leg.* 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l. 9. in fin. per hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo aperte testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Don. *ad hunc titulum cap.* 12.

TITULUS DECIMUS OCTAVUS.

DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. Tit. 3.

T E X T U S.

An servus stipulari possit?

Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

N O T Æ.

Ex persona domini) Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur.* & quasi non sint, *l. praepen. eod.* Theod. Hermonopol. *lib. 6. tit. 6.* [illegible]. Cæterum ex persona dominorum [illegible], ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Glos. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, *l. 31. de hær. inst.* vid. *sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personæ defuncti vicem) *l. 34. l. 61. de acquir. rer. dom.* vid. *sup. §. 2. de hær. inst.*

C O M M E N T A R I U S.

QUod a servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod attinet, 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expressit, [illegible]. Ex quo est, quod etiam servis testamenti factio sit, ut hæredes institui & legatum iis relinqui possit; de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, *§. si quis, 4. & §. post mortem, 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l. 14. de obl. & act.* VINN. Fundamentum enim hujus juris est, quod servus ex principiis juris Romani est *res mancipi*, non persona, adeoque sibi non magis actione ulla quidquam acquirere potest, quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorsus ignorat, adeoque consequens est, ut naturaliter servus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. HEIN.

Hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem, Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens, ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere, & interim pro domino esse: quod etiam identidem a veteribus traditum est, *l. 13. §. 1. ad leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure fac. l. mortuo, 22. de fidejuss. l. hæreditas, 34. l. hæreditas 61. de acquir. rer. dom.* Ait, *persona defuncti vicem sustinet*, ut etiam supra §. 2. *de hær. inst.* & diserte Jurisconsulti in *l. non minus, 31. §. 1. de hæred. inst. l. in eo 33. in fin. & l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *leg. novatio, 24. de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d. §. 2. de hær. inst.* Ait, *in plerisque*, nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest, quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat, in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: nisi enim servus hæreditarius recte hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l. 10. §. 1. l. 61. de acq. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus, ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies ususf. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur, *l. ususfructus, 26. hoc tit.*

T E X T U S.

Cui acquirat; De persona, cui stipulatur. De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.

C O M M E N T A R I U S.

SErvus stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut conservo suo: quinimmo etsi impersonaliter seu indefinite non comprehensa persona, puta hoc modo; *Centum dare spondes?* l. 1. *l. 15. hoc titul.*

In liberis, qui in potestate) Filiisfam. iis causis, ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitii peculii, item adventitii quoad usumfructum, stipulantis eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista, 38. §. hi qui, & §. altero, 17. l. quodcumque, 45. pr. & fin. de verb. obl. infra quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hic est distinctio peculii filiifam. tradita & explicata §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. acq.* Plane si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum acquiret, quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi; per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. Don. *ad d. l. 38. §. alteri, 17. n. 25.*

T E X T U S.

De stipulatione facti.

2. Sed cum factum in stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.

COM-

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit), in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l.38. §.si qui 6. & sequ. de verbor. obligat.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi, 44. princ. de cond. & dem.*

Ire agere liceat) In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; ideoque persona servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat: non etiam dominus ejus, *dict. l.38. §.6. vers. cum vero*, quamquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel factum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l.27. h.t.*

T E X T U S.

De servo communi.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui eorum stipulatus est: tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur; veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit.*

N O T Æ.

3. *Unius domini sit*) Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, *l.7. in fin. l.17. eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totius, sed pro partibus, utique indivisis ut intellectu magis, quam corpore partes habeat. Et ideo si quid stipulatur, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat; illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l. 5. l.7. h. tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio, & Cod. Seio dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore vero viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *leg. si communis, 37. h. t.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur, si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum: si res in stipulationem deducta ad unum tantum pertinere potest, pariterque his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l. 5. cum aliquot seqq. l.17. si ex re, 26. §. eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus, 19. junct. d. l 25. §.1. eod.* Extra has causas, sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀνάλογα ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent item ad hominem liberum & servum alienum, qui a pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur, *l.19. cum l. seq. l.24. l.32. & l. sup. §.1. eod. vid. sup. §.4. per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius) Ac proinde hoc casu etiamsi non nominatim ei qui jussit stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra: ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; sed Justinianus *inf. §. ult. per quas pers. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. Cod. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita? eaque ad bimembrem revocata.

PRæcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est a diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, *§.2. sup. de verb. obl.* altera a diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, *§. ult. d. t.* Profertur hic & tertia, ex *l.5. eod.* quod aliæ sunt judiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ communes tam judiciales, quam Prætoriæ, aliæ conventionales, quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema a cæteris differt conventione, sed quod origine & conventionis causa, ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse a causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habet conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate Prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d. l. 5. pr. vers. conventionales.*

T E X T U S.

Divisio.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ Prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam Prætoriæ, quam judiciales.

1. *Ju-*

1. *Judiciales sunt dumtaxat, quæ a mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.*

N O T Æ.

Aliæ judiciales, aliæ Prætoriæ) Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Veluti de dolo cautio*) Puta actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet dolum malum abesse, *l.20. l.44. de rei vind. l.9. §.7. & 7. quod met. caus.* & parere recusantem condemnat in id, quod adversarii interest.

COMMENTARIUS.

1. *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicii.*
2. *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ a mero judicis officio) Mero, id est, solo. (1) Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam Prætoriæ etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ a judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet; ac proinde his locus non est, nisi post litem contestatam; nam tum demum judex quis esse incipit, *l.1. C. de lit. cont. l.1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. qua de re 74. de judic. l.9. Cod. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quis judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas *judiciales* nominari, etiamsi Prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l.1. de Præt. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit, seu judicii futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione: quæ species sunt Prætoriarum. (2) Stipulationum judicialium duæ species hic afferuntur, de dolo cautio, in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. præterea, 20. l. si homo, 45. de rei vind. l.9. §. Julianus, 5. & §. ex h.7. quod met. c.* item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato, 69. §.ult. de leg. 1. l. item si 14.§. quod si homo, 11. quod c.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscundæ, *l. 5. puto, 16. l. hæred. 25. §. contra, 16. fam. erc.* itemque officio judicis addictis vindicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vind.* & aliis actionibus.

T E X T U S.

De Prætoriis.

2. *Prætoriæ sunt, quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ, nam & hæ a jurisdictione Prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Unde cognoscantur stipulationes Prætoriæ? earum usus; & varia exempla.*
2. *Quibus in causis locus ædilitiis? & mendum, textu sublatum.*
3. *Distinctio judicialium & Prætoriarum: quæ alias nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

(1) A *Mero Prætoris officio*) *A mero.* Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio Prætoris proficisci dicuntur, quæ a jurisdictione eveniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & *l.1. §.2. stip. præt.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse Prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, *l.7. de damn. infr. t. de leg. nom. cav. & tit. in poss. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus, esse Prætorias, ut scriptum est in *l.1. & 2. de præt. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, *§. si vero, 5. infr. de satisd. l. Pomponius, 40. §. pen. de proc.* & qui illam præstare recusat, cum Prætor non admittit ad alienam defensionem, *§.4. & 5. infr. d.t.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, *§.3. l. mutue, 43. §. pœna, 4. de proc.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si ususfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio ususfructus, *l.7. usufr. quemad. cav.* Plures recensent. D. Cujac. in *l.5. de verbor. oblig.*

(2) *Contineantur etiam ædilitiæ*) Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse*, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 1. & passim, de ædil. edict. l. si ita quis, 31. & l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur a mero ædilis officio, quia jubet ædilis interponi sine ullo judicio ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interest, intra sex menses, *l. si venditor 28. de ædil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis quatenus ædilis, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem *l.1. de Jur.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hic in sensu latissimo accipi videtur pro quovis magistratu, cui est jurisdictio. Unde & Proconsul. in provinciis si stipulationem interponi jubebat, Prætoria hæc dici poterat stipulatio. Quo observato, nec admodum necessaria videtur emendatio, de qua paulo post Auctor noster. Jus enim ædilitium fere sub prætorio comprehendebatur §.7. *Inst. de J. N. G. C.* & Conf. Rittershus. *h. t.* 438. HEIN.

A jurisdictione Prætoris) Vox *Prætoris* abest a *l. 5. de verb. oblig.* unde totus hic locus ad verbum scriptus est, & expungendam censeo cum Russard. Baron. Donell. Cujac. Hotomann. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire a jurisdictione Prætoris, cum veniant a jurisdictione ædilium, quod expressit Theophilus, sed quod de Prætoris tamquam principali specie sti-

ſtipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur: quoniam & hæ ab officio juſdicentis veniunt, communemque cum prætoria originem & cauſam habent, videlicet juriſdictionem magiſtratus. Neque aliud Juſtinianus hic, aut Pomponius in *diſt. l. 5.* ſentiunt. (5) Hodie hæc Prætoriarum & judicialium ſtipulationum diſtinctio minus conſpicua eſt, poſtquam judices a magiſtratu dari deſierunt, idemque nunc judex, qui Prætor ſeu magiſtratus. Diſtinguunt vero nunc interp. inter officium judicis nobile quod eſt judicis, qua magiſtratus eſt, quod vi juriſdictionis atque imperii ſui exercet: & mercenarium, quod eſt ejuſdem, qua judex, & nudæ notionis, ſubſerviens actioni inſtitutæ. Itaque Prætoriæ ſtipulationes etiamnum ſunt & dici poſſunt, quæ extra judicium aut ante litem conteſtatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *leg. 4. de Juriſdict.* judiciales, quæ poſt litem conteſtatam inſtituri judicii promovendi cauſa.

T E X T U S.

De conventionalibus.

3. ***Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriuſque partis concipiuntur: hoc eſt, neque juſſu judicis, neque juſſu Prætoris, ſed ex conventione contrahentium, quarum totidem ſunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.***

C O M M E N T A R I U S.

EX *conventione utriuſque partis*) Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. in pr.* Ex conventione autem hic accipe, ex conventione ſola: nam & cæteræ ſtipulationes ex conventione partium conſtat: at non inde ſolum proficiſcuntur, ſed prima eorum cauſa eſt auctoritas jubentis. Unde exiſtit & hæc differentia, quod Prætoriæ ſtipulationes ex mente ipſius Prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in Prætoriis, 9. de Præt. ſtipul.* & quod in Prætoriis, ſi quid addi, vel detrahi, mutari oporteat, id juriſdictionis Prætoriæ ſit: in cæteris contra, *l. in conventionalibus, 52. de verb. oblig. l. 1. §. ult. de ſtip. Præt.*

Quot rerum contrahendarum) Id eſt obligationum ſeu negotiorum, quæ contrahi poſſunt. Et ideo neceſſe non fuit ullam conventionalium ſtipulationem exempli cauſa proferre: ut factum in ſuperioribus, quæ non æque notæ & uſitatæ. Illud (*pene dixerim*) tantum modeſtiæ cauſa additum videtur; nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, ſuper quo ſtipulatio non recte interponatur.

T E X T U S.

De communibus.

4. ***Communes ſunt, veluti rem ſalvam fore pupillo, (nam & Prætor jubet rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex; ſi aliter hæc res expediri non poteſt), vel de rato ſtipulatio.***

N O T Æ.

4. *Et Prætor jubet rem ſalvam*) Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter Prætorias numeratur, *l. 1. §. 2. de ſtip. Præt.*

De rato ſtipulatio) Hæc eſt, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem poſtulante; quæ & ipſa Prætoria fere eſt, *l. 1. §. 2. de ſtip. Prætor.* Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit, & poſtea certum eſſe cœperit, falſum eſſe procuratorem, recte judex hanc ſatiſdationem ab eo exigit, per *d. l. 1. Cod. de ord. jud.* Add. Pompon. *l. 5. de verb. obl.* & ſtipulationem duplæ, qua ſcilicet venditor cavet *rem evictam non eſſe, &c. l. 31. de evict.* ædilitia dicitur *l. 31. §. 20. de ædil. ed.* & hæc interdum juſſu judicis interponitur, interdum ædilis, *d. l. 5. de verb. obligat.* Caute hic legendus Theophil.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur duas ſtipulationes hic propoſitas Ulpianus Prætorias, & quo ſenſu quaſdam communes appellet?*
2 *Rem pupilli ſalvam fore quando Prætor cavere jubet, quando judex? Et Theophilus notatus.*
3 *Idem quæritur in ſtipulatione rem ratam haberi.*
4 *An ſtipulatio duplæ, & quando communis?*

STipulationes communes ſunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate Prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in princ. verſ. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupili ſalvam fore, & rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l. 1. §. 2. de ſtip. Prætor.* utramque hanc inter Prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare eſt, rem æſtimans. (1) Quod & nos conſideravimus *ſupr. §. 2* Apud Pomponium *dict. l. 5.* refertur & tertia ejuſdem generis, ſtipulatio duplæ: neque plures, quod ſciam: quæ quidem communes, eo, quo diximus, ſenſu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *leg. 1. de ſtip. Prætor.* nimirum ex Prætoriis illæ, quæ & judicii conſtituendi firmandique cauſa interponuntur, & ſimul cautionales ſunt, ut inſtar actionis habeant, quales ſunt, quæ fiunt judicio ſiſtendi cauſa, *dict. l. 1. §. 3.*

Rem ſalvam fore pupillo) Hæc ſtipulatio regulariter juſſu Prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut cauſæ cognitione: & ni caveat tutor, pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur, *ſup. de ſatiſd. tut. pr.* junct. *§. penult. l. 11. de adm. tut.* quorum nihil eſt judicis, qui nudam duntaxat notionem habet, *l. 5. de re jud.* junct. *l. 4. de juriſd.* (2) Sed finge, debitorem pupilli conventum a tutore, poſt litem conteſtatam demum inter moras judicii cognoviſſe non ſatiſdediſſe tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *argum. l. 3. Cod. de tut. qui ſat. non ded.* & officio judicis injungetur ſtipulatio. Quippe quæ propria magiſtratus ſunt & juriſdictionis, ſi de his principaliter agatur; ea ſi in judicium per conſequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. Cod. de ord. jud.* Aperte autem hic lapſus eſt Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus Interpres: qui dum probare cupit, ſtipulationem rem pupilli ſalvam fore aliquando judicialem eſſe, pro judiciali attulit exemplum Prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem conteſtatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus eſt. Quo caſu non poteſt non eſſe Prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex ſit. Eundemque errorem mox iterum ſecutus erat in explicatione cautionis de rato.

Quod

Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tamquam iure explorata ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest) His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per Prætorem expediri potest, si ab eo stipuletur; judicium vero non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio) Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur a procuratore alieno nomine actionem postulante. (3) Hæc itidem regulariter jussu Prætoris, atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario, hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pompon.*, 40. §. *pen. de proc.* lite semel contestata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l. 1. Cod. proc.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponentis, *l. 4. Cod. de jurisd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *d. licet*, 24. *C. de procur.* ubi Sichard. *n.* 2. & 3. Gail. 1. *obs.* 37. *n.* 2. Pompon. *d. l.* 5. *de verb. oblig.* (4) communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel a judice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium, *l. 1. & passim de ædil. edict.* neque sententia; quod manifeste arguit præcedens definitio communis. An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas caulas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur*, 32. *de evict.* stipulatio *assidua* ab Ulpian. habeatur, *l. quod si nolit*, 31. §. *quia assidua*, 20. *de ædil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, his adversario recusante aut agi ex empto præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. Don. *in d. l.* 5. *pr. num.* 27. & 28.

TITULUS VIGESIMUS

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

Cod. Lib. 8. *Tit.* 39.

Continuatio. Quot modis accidit, ut inutilis sit stipulatio?

HActenus vidimus, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur, sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. obligat.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc titulo explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur, *inf. de* *&c.*

T E X T U S.

De his quæ sunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio nostro subiicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

N O T Æ.

Dominio subjicitur) Id est subjici potest, aut solet, ὑποπίπτειν δύναται, Theoph. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

C O M M E N T A R I U S.

DOminio nostro subiicitur) Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt: veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum*, 73. *l. aut, autem* 75. §. *illud*, 4. *de verb. obl.* §. *ea quoque*. 7. *supr. de legat.*

Sive mobilis sit, sive soli) Potuit adjungi *sive ea corporalis sit, sive incorporalis*: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti ususfructus & servitutes prædiorum, §. 1. *supr. de usufr.* §. *ultim. supr. de serv. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. oblig.*

T E X T U S.

De his quæ non sunt.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

N O T Æ.

1. *Aut esse non potest*) Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l.* 53. *de verb. signif.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem perducuntur, *l.* 73. *de verb. obl.*

Hippocentaurum) Lucret. *l.* 5. *v.* 878. Senec. *Epist.* 58. Cic.

Dic. 2. *de nat Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib.* 7. *c.* 3.

Inutilis erit stipulatio) *d. l.* 1. §. 9 *de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *l.* 69. *l.* 103. *de verb. obligat.*

COMMENTARIUS.

1 *Canones, qui observandi circa materiam stipulationum: eorum consectaria vide in initio.*
2 *Quid si in stipulationem deducta res, quæ esse desiit?*
3 *Quid si quæ nec est, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

(1) HOc §. & *seq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id, quod in eam deductum est. Quæ res ut planius intelligatur, duo hi canones prius nobis observandi sunt: 1. Ut valeat stipulatio, necesse est, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in universum fieri, ut ratione materiæ inutilis sit stipulatio, si dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum est, *l. si stipuler*, 35. *de verb. oblig.* eoque pertinet regula juris *l. impossibilium*, 185. *de reg. jur.* si propter incertitudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum*, 94. *l. ita stipulatus*, 115. *d. tit.* Quando in stipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *infr. sub* §. *quod turpe*, 23. Rerum, quæ dari non possunt, tria fere sunt genera; quæ non sunt in rerum natura nec esse possunt; quæ commercio sunt exemptæ: quæ stipulatoris sunt propriæ, *l.* 1. §. *si id quod*, 9. *& seq. de oblig. & action.* De primo genere agitur *hoc* §. de reliquis §. *seq.* incertitudinis, quæ stipulationem viciat, exempla habemus in *d. l. triticum*, 94. *& d. l. ita stipulatus*, 115. *pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non est) Primum genus rerum quæ dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipulationem deducuntur, earum rerum est, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura. (2) Id iterum in duas abit species. Nam harum rerum aliæ fuerunt, sed desierunt esse: aliæ ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero sunt, homo mortuus, ædes deustæ, &c. *l.* 1. §. *si id quod*, 9. *de oblig. & act. & l. homo*, 69. *de verb. oblig.* Quod autem harum rerum stipulationem inutilem esse dicimus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æstimationem earum deberi, *l. liber homo*, 103. *de verb. oblig.* §. 4. *supr. de legat.* nec pœnam eo nomine promissam committi, *d. l. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Plane si res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari posse desierit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter stipulantem*, 83. §. *pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. si ex legat.* 23. *l. si servum*, 91. §. 3. *eod.*

(3) *Hippocentaurum, qui esse non possit*) Exemplum rerum, quæ ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. cap.* 2. *Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimæram fuisse putat?* Lucret. *lib.* 5. *vers.* 878.

Sed nec centauri fuerint, neque tempore in ullo
Esse queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta potestas.

Stoici apud Senecam Epist. 58. *In rerum*, inquiunt, *natura quædam non sunt. Et hæc autem, quæ non sunt, rerum natura complectitur, quæ animo succurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, quidquid aliud falsa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet substantiam.* Plinius [illegible] 7. cap. 3. [illegible] Claudium Cæsarem [illegible] Hippocentaurum [illegible] Thessalia natum eodem [illegible] interiisse. *Et nos*, inquit, [illegible] Ceterum [illegible] a hec [illegible] naturæ quædam [illegible] ta, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui iidem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, ut Poetæ fabulantur, hominum, posteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occasionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non sine magno vicinorum populorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis insidentes, crediti sunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostrorum memoria evenit.

TEXTUS.

De his, quæ non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religiosam, quam humani juris esse credebat, vel publicam, quæ usibus populi perpetuo exposita sit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem servum esse credebat; vel cujus commercium non habuerit: vel rem suam dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero servus fieri potest, & commercium adipisci stipulator potest: sed protinus inutilis est. Item contra, licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si tamen postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab initio talis stipulatio valebit.* Lucium Titium, cum servus erit, dare spondes? & similia. *Quæ enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullo modo possunt.*

NOTÆ.

2. *Humani juris esse credebat*) Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, *arg. leg.* 31. *de oblig. & action.*

Nec rem suam dari) *l.* 82. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l.* 72.

Protinus inutilis) Protinus: id est, statim, εὐθὺς [illegible]. Huc pertinet regula: *Quod initio vitiosum est*, &c. *l.* 29. *de reg. jur.*

Licet initio inutiliter) *l.* 51. *l.* 83. §. 5. *de verb. oblig.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderint, a quo non poterant incipere, *leg. pen.* §. *pen. eod. l.* 11. *de servit.*

Sine facto promissoris) Secutus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta, *d. l.* 83. §. 5. aut postquam moram in ea præstanda fecisset, *l.* 23. *l.* 91. *pr.* & §. 3. *eod.*

Quæ natura sui) Aliud juris est in his, quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt *l.* 31. *de verb. oblig.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Genera rerum quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio?*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat?*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio minus aut inutilis?*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta?*
10 *Dissensio veterum circa casum, quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse cæpit.*
11. *Restrictio ampliationis secundæ.*
12 *Ampliatio tertia ejusque restrictio.*

(1) SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris publicæ, homo liber: quædam certo respectu, qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio, quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta, vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeant, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesias habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis*, 10. *C. de hæret. tit. Cod. de Christ. manc. hæret.* Enimvero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

(2) *Si rem sacram &c.*) Quarum rerum nullum omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod*, 9. *de obl. & act. l. si stipulator*, 35. *l. inter*, 85. *§. sacram*, 5. *l. liber homo*, 103. *de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liberum*, 103. *l. si homo*, 69. *cod. l. cum servum*, 39. *§. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxime si pro re debeatur æstimatio. Directum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit, hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet. *l. stipulatio*, 38. *§. ult. de verb. obl.* VINN. Sed cur liber homo, res sacra, religiosa, publica in stipulationem deduci nequit, cum tamen constare soleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, quæ [illegible] *l. 4. l. 5. l. 6. ff. de contrah. empt.* Cur, inquam, [illegible] varie? Immo varie. Vere enim hujusmodi emptio non valet nisi eatenus, ut [illegible] possit agere ad id quod interest. *§. ultim. Inst. de empt. vend.* [illegible] potest, *d. §. ult. l. 103. ff. de verb. obl.* adeo ut tamen si in [illegible] fuerit liber homo, si [illegible] [illegible] [illegible] est tales casus exspectare, *l. 34. §. 2. ff. de contr. empt.* Ergo in *leg. 4. & seqq.* supra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem, agere potest ad id, quod interest, vel re jam tradita, & b. f. possessa ad præstandam evictionem. HEIN.

Quam humani juris esse credebat) Eodem modo mox *quem servum esse credebat*. (3) Uti & *§. præc. quem vivere credebat*. Et similiter Cajus *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt valere saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed & recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ, verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum*, 31. *de obl. & act.* & maxime si etiam promissor sciverit, *l. domum*, 57. *§. ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod in sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; si quidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur, aut peti possint; tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. qui officii*, 62. *§. 1. §. liberi*, 70. *de contr. empt. §. ult. infr. de empt. & vend.* Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem eum Jo. Fab. in causa proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

(4) *Quæ usibus populi*) Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta*, 72. *§. ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in litore*, 14. *de acq. rer. dom. l. bona*, 15. *cum 2. seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum*, 4. *ne quid. in loc. publ.*

(5) *Cujus commercium non habuerit*) Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis, sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. cætera*, 41. *de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera*, 41. *§. si duobus*, 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, velut si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum*, 33. *de verb. oblig.* Quod si stipulator con-

commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere aut possidere non potest; nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *arg. l. aliud*, 71. *de verbor. signif.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo*, 49. §. *sed Proculus*, 3. *de legat.* 2. de quo plura scripsimus *ad* §. *non solum*, 4. *supr. legat.*

(6) *Vel rem suam*) Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. *sic itaque*, 14. *infr. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo*, 82. *de verb. obl. l.* 1. §. *nec minus*, 10. *de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo* 82. Sed & rem furtivam dominum a fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire*, 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *si sic itaque*, 14. *infr. de act.*

Nec in pendenti, &c.) Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *leg. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. quamvis sacra profana fieri, &c. de verbor. obligat.* (7) estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilo magis stipulatio vires habeat aut sumat; vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cætera*, 41. §. 2. *de legat.* 1. *l. quod initio*, 29. *de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet, nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera*, 31. §. 1.

(8) *Licet initio utiliter, &c.*) Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet, stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit, ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. nam & eum l. is qui*, 51. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, a quo non poterunt incipere, *l.* 11. *de servit. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Vid. notata sub §. *ex contrario*, 14. *supr. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter*, 83. §. 6. *l. omnes debitores*, 17. *de obl. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res*, 6. *supr. de legat.* (9) Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera*, 41. §. *si duobus*, 4. *de legat.* 1. (10) De illo inter veteres non convenit, si res initio recta promissa, deinde commercio hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posse, veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. *vers. nec revocamus*; *l. qui res*, 98. *ñ. aream*, 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorus*, 79. §. *ultim. de legat.* 3. junct. *l. servus*, 27. §. 1. *de alium legat.* quos tamen locos distinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter*, 83. §. *sacram* 5. *num.* 8.

(11) *Sine facto promissoris*) *d. l. inter*, 83. §. 5. Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit, placet, obligationem continuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l.* 23. *l. servum*, 91. *pr.* & §. 3. *de verb. obligat.*

(12) *Lucium Titium cum servus fuerit*) Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum pure inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditionem, licet nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cum servus erit, dare spondes?* item: *eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligatione recipit, & ea duntaxat, quæ natura sua possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali hominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus, *d. l. inter*, 83. §. *sacram*, 5. & Pomponius, *l. si emptione*, 33. §. 2. *de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolute & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibentur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cætera*, 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione recte stipulamur, ut stipulatio teneat si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem*, 31. *l. existimo*, 98. *de verbor. oblig. dict. l. cætera*, 41. §. 1. *de legat.* 1. *l. existimo*, 61. *de contr. emption.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet: *d. l. cætera*, 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum est: potestque ea mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *dict. l. existimo*, 98. *de verb. obl.* Illud ei adver-

adversari videtur, quoad etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur *l. si usufructus*, 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. oblig.* Sed hoc recte dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus cui ipse acquiritur: ad res quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statum capiat stipulatio, necesse est, eum, qui stipulatur, sive pure stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse; eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiri volumus. At rei quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem*, 213. *de verbor. signif.* sed tantum spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittimus, §. *sub conditione*, 4. *supr. de verb. oblig.*

T E X T U S.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret spoponderit, obligatur.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur qui alium daturum, &c.* **promittit**, *neque ipse obligatur, neque alium obliget?*
2 *De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari, & moribus hodiernis semper.* [illegible]

QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l. 3. Cod. ne uxor pro mar.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia, etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit, quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, *d. l. inter*, 83. *in princ. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra quam in universum [illegible] Hermogen. *l. sicut*, 65. *de fidejuss.* & Ulpian. *l. stipulatio*, 38. *in princip. de verb. oblig.*

2 *Quod effecturum se*) Aut se curaturum, ut alius det, *d. l. inter*, 83. *princ. eod.* quippe hac stipulatione, non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum si alter daret ea curam se promisit, per *l. si hæres*, 72. *de legat. 1.* aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris interest. [illegible] Wesembecius, promissorem [illegible] adhibuerit ad rem consequendam, nec profecto, quasi hoc solum promisisse intelligatur: ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bart. *cons.* 236. Boer. *decis. num.* 16. Schurff. *cons.* 15. *decis.* 1. textus tamen omnes indistincte loquuntur, vid. D. [illegible] 4. *assert.* 40. Ant. Fab. *C. ser. de contr. stipulat. defin.* 10. Interdum sane qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum aut curaturum, &c.* (3) quasi tacite id actum videatur considerata qualitate negotii; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse, *l. qui autem* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Estque posterior hæc stipulatio Prætoria; ac proinde ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente Prætoris, *l. in conventional.* 52. *de verb. obli. l. 9. de stipul. Præt.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul.* 38. *in pr. l. quotiens*, 81. *l. inter*, 83. *pr. de verb. oblig.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres*, 73. *de legat.* 1. At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. de reb. cred. l. illa stipulatio*, 67. §. 1. *de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. Cujac. *ad d. l.* 67. Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacite intelligitur promittere se curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduct. c.* 3. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 10. convenienter æquitati juris Canonici. Covarr. *in cap. quamvis de pact. in 6. p.* 2. §. 5. *n.* 1. Cyprian. *hic cons. Be.g.*

T E X T U S.

De eo, in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. *Si quis alii, quam ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Plane solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, mihi, aut Seio, dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Seio, etiam invito eo, recte possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio, Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

N O T Æ.

4. *Quam ei, cujus juris subjectus*) Patri scil. aut domino, *l.* 38. §. 17. *l.* 45. *de verb. oblig. supr. de stip. serv. & infr. per quas pers. nob. obl.*

Nihil agit) Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est: nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *dict. l.* 28. §. 17. & *infr. eod.* §. 18. *l.* 11. *de oblig. & act.*

Etiam invito eo) Stipulatore scilicet. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l.* 16. *de fidejuss. l.* 57. §. 1. *de solut.* aut statu ejus i[illegible]

c[illegible]

causam deteriorem mutato, *l.* 38. *inst. tit.* junct. *leg.* 56. §. 2. *de verb. oblig.* nec ipse petere, nec novam, nec acceptam ferre potest, quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l.* 10 *de solut.*

Vox tua tamquam filii) Patris & filii persona pene eadem, *leg. ult. Cod. de impub. & al subst.* est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. *magn. mor.* 34.

Quæ tibi acquiri possunt) Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii, *l.* 39. *de verb. oblig.* aut si factum in personam filii conferat, *l.* 130. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3 *An tabellarii stipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus? n.* 2.
5 *Quid stipulatio solutione in alium collocata tribuat stipulatori?*
6 *Quid adjectio solutionis causa?*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationis modum faciat?*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit?*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi?*
11 *De patre stipulante filio, sive quem in potestate habet sive emancipato.*

(1) QUemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi, aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio*, 38. §. *alteri*? 17. *de verb. oblig.* §. 3. *C. de contr. stip.* §. *alteri*, 18. *infr. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alteri detur, nihil interest nostra, *d. l. stipulatio*. 38. §. *alteri*, 17. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, *S. pen. supr. per quas person. l. si ita*, 126. §. 2. *v. respondit*, *de verb. oblig. l. solutum*, 11. §. *pen. de pign. act. l. quo tutela*, 73. *in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant* (id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur,) *inanem actum nostrum efficiunt; & ideo*, inquit, *neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quæcumque*, 11. *de obl. & act.* (2) Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Plane enim quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio*, 38. §. *alteri*, 17. *l. quodcumque*, 35. *de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & infr. per quas person.* *obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus, *a l. stipulatio*, 38. §. *sed si*, 12. & §. 14. *de verb. obl. l. arius*, 33. *de novat.* nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa; sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis, nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quod dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l.* 5. §. *pen. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. si pecuniam*, 26. *de reb. cred.* item magistratus in cautione pro pupillo a tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo recte stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quamvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. & §. 15. *exigere*, 15. *de mag. conv. l. non aliter*, 18. *de adopt. l.* 2. & 3. *rem pup. salv. for.* Ad hæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *l.* 5. *quod procurator*, 68. *de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori*, 79. *de verb. oblig.* 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino re salva esse possit. Receptum id primum in contractu institoris, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de inst. act.* idem eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l.* 13. §. *si procurator*, 25. *de act. empt. l.* 5. *de præt. stip. leg. damni*, 18. §. *ult. de damn. infect.* (3) Quæsitum de tabellariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus recte stipulentur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum Interpretum, receptumque, ut notarii aliis recte stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarii alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem. Vide Thesaur. *decis.* 70. Fachin. 8. *controv.* 91. Christin. *volum.* 3. *decis.* 24. & *volum.* 4. *decis.* 177. & 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici *c. quotiens cordis*, 9. *qu.* 7. Sane non obstat jus naturæ aut gentium, quominum alteri etiam extraneo recte quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ neque congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. c.* 17. n. 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenev. *de legib. abr. ad* §. 18. *infr. hoc tit.* & ibi cit. Cyprian. *Conf. Belg. ad* §. 3. *supr.* (4) Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret: aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solveretur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, condictionem dari, *leg. penult. Cod. ad* *exhib.*

exhib. l. ſi ita, 12. §. 2. *de verb. oblig.* Item ſi quis ſues nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati ſunt, conditio acquiritur, *leg.* 9. §. *penult. de reb. cred. d. leg. ſi ita*, 126. §. 2. *de verb. oblig.* Similia exempla ſunt in *l.* 5. *Cod. de cond. indeb.* l. 13. *de pign. action.* Poſtremo etiam affectioni perſonarum conjunctæ cum favore cauſæ hic aliquid tributum, *l. Cajus*, 45. *ſolut. matrim.* l. 5. *de pact. conv.* rigorique juris poſteriorum Impp. conſtitutionibus non nihil mitigatus eſt, *l.* 3. *C. de donat. quæ ſub mod.*

Solutio etiam in extraneam perſonam) Quod vetat regula juris alteri ſtipulari, in hanc ſententiam vetat, ne ſtipulatio alteri acquiratur. Cæterum ſi eo ſpectet ſtipulatio, ut obligatio ſoli acquiratur ſtipulatori, jus autem ſit promiſſori, etiam alteri ſolvere, quoniam ad hunc effectum utiliter perſona extranea inferatur, regula non prohibet. Atque hoc eſt, quod hic dicitur, ſolutionem etiam in extraneam perſonam conferri poſſe.

Mihi aut Sejo dare ſpondes) Conferri in alium ſolutio leu poteſtas alteri ſolvendi fieri promiſſori intelliguntur, ſi quis disjunctim ita ſtipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare ſpondes?* ac proinde utilis hæc ſtipulatio in utriuſque perſona cenſetur: in perſona ſtipulantis ad acquiſitionem obligationis, in perſona adjecti ad ſolutionem. *l. cum qui*; 56. §. 3. *l. ultim.* §. 3. *de verb. oblig. l. ſi mihi*, 23. *de fideicom. l.* 9. *l.* 10. *de ſolut.* Sed age conſideremus ſeparatim, quid hæc ſtipulatio tribuat ſtipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promiſſori; tot enim ſunt, ad quos pertinere poteſt. (5) De ſtipulatore hoc loco & *d. l. leg. ultim.* §. 3. *de verb. oblig.* traditum eſt, ei ſoli ex hujuſmodi ſtipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius ſummæ in ſtipulationem deductæ, ut ſolida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus ſtipulatus eſt, ideo ſumma inter eos dividitur. Divideretur, ſi conjunctim ſtipulatus eſſet ſibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem ſibi aut alii dari ſtipulatur, aperte ſtipulatur decem ſolida utrique: nec perſona adjecta impedire poteſt, quominus in id totum, quod ſibi quoque ſtipulatus eſt, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo adjecto ex ſtipulatione propoſita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere poteſt id, quod in ſtipulatum deductum eſt, neque promiſſorem ullo ſuo facto liberare, *l.* 7. §. 1. *de conſtit. pec. l.* 10. *de ſolut.* non fidejuſſores aut pignora accipere, *l. ſi mihi*, 23. *de fidejuſſ. leg. is qui*, 33. *de pign.* denique nec pecunia ei ſuo nomine conſtitui poteſt, *d. leg.* 7. §. 1. *de pec. conſt.* Solummodo ad hoc utilis hæc ſtipulatio in perſona Seii adjecti, ut ſolutam ex cauſa ſtipulationis pecuniam accipere poſſit, eoque facto promiſſor liberetur. Cum vero omnis adjecto ſolvendi facultas promiſſoris cauſa conſtituta ſit, videndum etiam, quid hic promiſſori tribuatur ad liberationem. Promiſſori in ſumma hoc tribuitur, ut etiam adjecto ſolvere poſſit, eaque ſolutione ipſo jure liberetur, ut hic expreſſum eſt. Et quamvis partem ſolverit ſtipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *leg. cum decem*, 71. *princip. de ſolut.* Hinc amplius etiam invito & prohibente ſtipulatore ſolvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet ſtipulatio, quam immutare ſtipulatori non licet, *leg.* 12. §. *penult. de ſolut. leg.* 16. *de fidejuſſ.* Sed neque promiſſori ad ſolutionem obſtat adjecti conditio. Stipulatus quis eſt ſibi aut Sticho Sempronii ſervo dari: ſoli ſervo ſine voluntate domini recte ſolvitur, *leg.* 9. *de ſolut.* Stipulatus quis eſt ſibi aut pupillo: placet, promiſſorem etiam ſine tutoris auctoritate pupillo ſolvendo liberari, *leg.* 11. *dict. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto ſolvitur, ipſi creditori ſolvi videtur, cum nihil interſit, jubeam te alicui ſolvere, an ab initio ſtipulatio ita concepta ſit, *leg. ſi ita*, 59. *eodem*. Cæterum & ſolutionis verbum & certæ perſonæ adjectio aperte liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *leg.* 6. *mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promiſſoris, ut ſolvat videlicet, & certa perſona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat, ſi quid horum ſervatum non fuerit, placet, factum promiſſori ad liberationem non prodeſſe. Et primum igitur nihil agit promiſſor cum Sejo adjecto paciſcendo, ſive paciſcatur Sejus ſe non petiturum, ſive obligationem novare inſtituat, ſive pecuniam promiſſori acceptam ferat, *leg.* 10. *de ſolut.* Hanc quidem acceptilatio vim ſolutionis habet, & novatio, omniſque conventio liberandi debitoris cauſa interpoſita, ſed tum ſolummodu, cum a creditore proficiſcuntur, cujus eſt debitorem liberare. Adjectus vero creditor non eſt. (7) Deinde nihil agit promiſſor alii ſolvat, quam adjecto: nam neque perſonam adjecti, quæ a ſtipulatore electa & probata eſt, egredi poteſt: in tantum ut etſi perſona ſervi adjecta ſit, nec domino recte ſolvatur, niſi ex voluntate ſervi *leg.* 9. *leg. Stichum*, 94. §. *nam ſi*, 7. *de ſolution.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per ſervum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam perſona aliena hic non adjicitur, ut vel ipſe quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione ſi pupilli vel furioſi perſona adjecta ſit, nec tutori vel curatori dando liberatur, niſi pecunia in rem eorum verſa ſit, *dict. leg.* 5. §. 79. & quia adjectus procuratori ſimilis eſt, nec hæredi ejus recte ſolvitur: quippe cum mandatum morte finiatur, *leg. cum quis*, 55. *de verb. oblig.* Cæterum omnis adjecto ſolvendi poteſtas lite cum ſtipulatore conteſtata intercidit, *leg.* 6. *de fidejuſſ. leg. ſi quis*, 57. §. 1. *de ſolut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *leg.* 3. §. *idem ſcribit*, 11. *de pecul. leg. aliam*, 29. *de novat.* (8) Illud ex ſententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto recte ſolvatur, ſi in eodem ſtatu maneat, quo erat, cum ſtipulatio interponeretur, quaſi hæc conventio tacite ſtipulationi inſit, *ſi in eadem cauſa maneat*. Itaque ſi vel in adoptionem ſe dederit vel deportatus ſit, aut ſervus factus, non recte ei ſolvitur, *leg. cum qui*, 38. *princ. de ſolut.* Plane ſi ad meliorem cauſam pervenerit, puta ſi ex ſervo liber, ex filiofamilias ſui juris factus fuerit, dicendum eſt adhuc ei ſolvi poſſe, *argum. leg. cum qui*, 26 §. 2. *de verb. oblig.* add. Donell. *leg.* 55. *d. tit.* ubi refellit Cujacium contra ſentientem atque alios vellicantem, oſtenditque eſſe aliquid proprium uſusfructus in ſpecie, quæ proponitur a Papiniano in *leg. Stichum*, 95. §. *qui uſumfr.* 6. *de ſolut.*

Adverſus Seium habeat mandati actionem) Hoc idem traditur a Scævola in *l. Julianum*, 131. §. 1. *de verb. oblig.* & ideo receptum eſt, quia alia actio deficit, & adjectus inſtar procuratoris eſt. Verum enim procuratorem non eſſe, immo ne procuratorem quidem eſſe ſatis conſtat, *leg.* 12. §. 1. & 2. *ſeqq. de ſolut.* Cæterum ſtipula-

pulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alii) Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari*. (9) Sed diversa hic omnia constituta sunt, tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest, inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum promissam est, stipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, *l. si mihi* 110. *de verb. oblig. & h. t.* Cur vero tam varie? nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eamdem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem: *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. cum quis*, 56. *princ. de verb. oblig.* fac. *l. cui fundus*, 16. *de cond. & dem. l. reos* 11. §. 1. *de duob. reis*. Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit; non amplius tamen quam pars debeatur, ut recte censet Bachovius contra Hotomannum, fac. *dict. l. si mihi* 110. *de verb. oblig.* Plane si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur; *arg. leg.* 5. *comm. præd.* §. *ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *leg. fundus* 64. *de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim a veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie, *Mihi & Titio decem dabis*: stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec unam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam a promissore recte solvi; cum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quam dimidiam partem) Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat, *leg. si mihi* 110. *de verb. obligat.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione videtur, *leg.* 1. §. *pen. eod. cap. utile* 37. *x*, *de regular. in* 6. (10) Hinc vulgo colligunt, jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa operosa, aut res individua sit. Gomez. 1. *resolut. cap.* 10. *ibi citati n.* 1. *& seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non recte disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit cum duo ad eamdem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, §. *si eadem* 8. *sup. de leg.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertinere, add. Duar. *leg.* 1. *de jur. accresc. c.* 15. Bron horst., 2 *assert.* 60. D. Svannemb. *de jur. accresc. c.* 8. VINN. Quoties itaque copulative concipitur stipulatio: *Mihi & Titio decem dare spondes?* stipulatio tantum ratione mei utilis habetur, mihique debentur quinque. Enimvero an non turbat *leg.* 38. §. 19. *ff. de verb. oblig.* ubi Ulpianus respondet: *Eum qui dicat mihi decem & Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere credendum est?* Turbaret sane, si Ulpianus diceret, Titio eadem decem deberi; sed id non dicit, (11) Potius sensus est, eum qui sibi decem & Titio decem stipuletur, non stipulari viginti, sed decem tantum, adeoque non decem, sed quinque tantum accipere. Aliud tamen in ultimis obtinet voluntatibus. Nam, *si quis testamento suo Titio & Sejo decem dari jusserit, nullam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA dixisse videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus *l.* 79. *ff. de leg.* 1. In ultimis enim voluntatibus quin & alii absenti ab alio legari possit, nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri subjectus est) Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accedit, quoties stipulantis peculiariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf. sub* §. *sed etsi*, 19. Pertinent huc dominus & pater; qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio recte stipulari, *hoc text. l. dominus*, 39. *l. eum qui* 56. §. 3. *l. quod dicitur*, 130. *de verb. obligat. L.* 2. *C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus*. Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *l. genero*, 26. *Cod. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *dict. l. si genero*, 26. Nec obstat *l. quodcumque* 45. §. 2. *de verb. obligat.* nam illud dumtaxat ex eo loco recte colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ recte stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem a se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *leg. Cajus* 45. *solut. matr. leg.* 7. *Cod. de pact. conv.* Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater recte stipularetur. Donell. *ad l. stipulatio ista* 83. §. *alteri* 17. *n.* 60. *de verb. oblig.*

Vox una tamquam filii) Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. *post mortem* 12. *infr.* Sed observetur, hoc dici cum adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur* 130. *de verb. oblig.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permit-

tuntur, *l. dominus 39. eod.* & *h.t.* veluti ne quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo: quia hactenus ejus interest.

T E X T U S.

De interrogatione, & responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ab ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos a te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra, aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas*, præsenti die spondeo: *Nam si hoc solum respondeas*, promitto; *breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

N O T Æ.

5. *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*) Tota hæc verborum conceptio non est plane inutilis, sed pro ea summa dumtaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit, quoniam cum in majori summa semper insit minor, hactenus quoque apte responsum hic intelligitur, *leg.* 1. §. 4. *l.* 81. §. 3. *de verb. oblig.* Similiter, si quis de una re interrogatus promittat & eam, & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctis ex his unam, placeat promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. 5. *d. l.* 83. §. 4.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda?*

2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.*

3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis? & n. 6.*

4. *Ad quam speciem pertineat definitio*, l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.

5. *Quid si imperfecte respondeatur?*

AD [illegible] stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est, respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem; alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in princ. *hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet [illegible] eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latine interrogatus respondeat Græce, §. 1. *sup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Similiter qui stipulanti [illegible] ejusdem quantitatis [illegible], *obligatur*, ut qui apte ad interrogationem responderit: *l. quæ extrinsecus* 65. §. 1. *eod.* [illegible] ita interroganti, Dabis? respondet. Quid [illegible] respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l.* 1. §. 2. Denique non est necesse, verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *h. t. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet, alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit), sed cum respondetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione, idque sive certa summa sive certa corpora in stipulatum deducta sint. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem: non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa dumtaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Ulp. *d. l.* §. *si stipulanti* 4. *de verb. oblig.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat, aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit, non in totum viciatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit *d. l.* 1. §. *sed si* 5. neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistant; etiam sine ea consistunt, *l. inter* 83. §. *item si* 4. *eod.* §. *quoties* 17. *inf. eod.* VINN. Ita quidem Ulp. *d. l.* 1. §. 4. *ff. de verb. oblig.* Sed nescio an omnes veteres idem senserint: Saltim Cajus, *l.* 1. *inst. t.* 9. §. 10. *si creditor*, inquit, *decem solidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoscitur.* Idem sensus videtur §. nostri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari posse dicemus cum Hotomanno? An cum Accursio dicemus quoad minorem summam valere promissionem, si alter statim in eam consenserit & de novo stipulatus sit? Posterius sane magis placet, quam ut sine ea limitatione paragraphum nostrum ex Ulp. *leg.* 1. *de verb. oblig.* 3 Interpretemur HEIN. At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus respondet, se daturum sub conditione vel in diem: vel sub conditione aut in diem interrogatus respondet pure, id est sic ut expresse dicat se statim daturum: sic evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen specie hæc exceptio proposita est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quam recte hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat Ulp. *d. l.* 1. §. 4. cum ait *oportere congruere summam*. At quid si mihi illico placeat responsio tua. 4) Aio, nihilo magis te in viginti obligari; etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promitio

sio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem? Et ait Ulp. *d. l.* obligationem saltem in decem esse contractum, idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt; an etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani, *Licet enim*, inquit, *oportet congruere summam; attamen manifestum est, viginti & decem inesse*: quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optime convenit, quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, fac. *l. inter* 83. §. 3. *de verb. obligat.* (5) Item multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut responsionem deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videlicet quot sunt res expressæ; quarum stipulationum cum illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire* 29. *d. l. inter* 83. §. 4. *l. quod dicitur* 86. *eod.* At enim Jurisconsultus *d. l.* 1. §. 4. *in fin.* sic generaliter definit, *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri recte dicitur, quia numquam cohærent, neque detrahi, quia prius in altera non sunt. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promittitur, quam stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiamsi in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *l.* 1. §. 4. Qui igitur pertinet? At speciem illam alteram, cui & subjicitur, cum scilicet respondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l.* 1. §. 3. omnino videtur ad eum casum pertinere, si stipulanti res plures vel pauciores spondemus, quam rogavit. Exemplum est apud Plaut. *in Trinum*, *Act.* 5. *SC.* 2. *v.* 43. ubi cum Charmidas interroganti Lysitelli: *sponden ergo tuam gnatam uxorem mihi?* responderet; *spondeo & mille auri Philippum dotis*: Lysiteles stipulationem repetit, quia stipulatori diversitas responsionis illico non placebat. Et tamen plus promiserat Charmidas quam fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus *dict. loc.* ait, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo recte etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeatur. D. Tuld. *comment. hoc tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus, unam ex his. Ut ecce si quis de Pamphilo interrogatus Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui pure interrogatus est, obligationi adjicit conditionem. Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te spoponderis, hic obligationi conditionem detrahis, pure promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia neutro respondetur servata stipulationis forma, *dict. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur; *dict. l.* 3. §. 3. Fuse Don. ad *dict. leg.* 1. §. 3. 4. sed melius ad *l. scire* 29. *eod. sub fin.* Gomez. 2. *res.* 10. *n.* 4. Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est, non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra) Ostenditur ex Ulpiano, *leg.* 1. §. 4. *de verb. oblig.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogatum responsum est. (5) Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur: *Si quis decem a te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem: *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulp., & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Caji nomine scribuntur, *lib.* 2. *tit. de oblig.* §. 10. sive is Anianus fuit, sive quis alius nihil moror. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quod vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *leg. si decem* 52. *de locat.* Gomez. 2. *resolut. cap.* 10. *n.* 4. D. Bronc. 4. *assert.* 37.

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra. Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia respondetur mutua obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat ex *l.* 1. §. 3. *de verb. obligat* quamquam hoc omissum hic a Compositoribus, ut alia, in quibus hoc genus discrepat a superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

Neque enim necesse est, &c.) Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondeo *Spondeo*, aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties*, 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus *Dabis*? respondeat impersonaliter, *Dabitur*? Puto recte atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l.* 1. §. 3. *de verb. oblig.* neque obstat *auth. si quando C. de const. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, quia ita dicit, *Satisfiet tibi*. Nam in

in conflicto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. Alciat. 2. parerg. 18. Don *in l. 5. §. 1. num. 4. & seq. de verb. oblig.*

T E X T U S.

De his, qui sunt, vel habeant in potestate.

6. Item inutilis est stipulatio, si vel alio stipularis, qui tuo iuri subiectus est, vel si is a te stipulatur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari possunt.

N O T Æ.

6. *Vel ab eo, qui tuo iuri*) Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de leg. 1.* aut secum ipse agere, *l. 16. de furt.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, *§. 4. sup. eod. fac. l. 7. de oblig. & act. l. 4. de iud.* Utique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, *§. 1. tit. prox. l. 38. de cond. ind.*

Filiifam. aliis obligari possunt) Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, *l. 14. l. 43. de oblig. & act.* quia quod ad ius civile attinet, pro nullis habentur, *l. 32. de reg. iur.* [illegible], Liban. *lec.* 16. At filiifam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l. 59. de oblig. & act. l. 57. de jud. l. ult. §. 2. de verb. obl.*

C O M M E N T A R I U S.

Qui stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. *hoc tit.* quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censetur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de legat. 1. l. hæres 21. §. §. 3. de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus a servo, sive pater a filio stipuletur, obligationem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, *§. 1. tit. seq. l. si quis 56. §. 1. de fidej.* Sed si servus a domino, filius a patre stipulatur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis 56. §. ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. quod dominus 64. de cond. ind. l.* sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio: ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subiectus) Igitur a sensu contrario pater a filio emancipato, aut filius emancipatus a patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat: quippe cum in his filiusfamil. vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de SC. Mac. l. 4. de iud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *argum. Novella 117. cap. 1.* & hodie simpliciter, quoniam *jus* illa una cum veteris patriæ potestatis esse tu exolevit.

Filii vero familiarum aliis obligari possunt) Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantum domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l. servi 14. de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tamquam patremf. omnibus aliis obligatur, *filiusfamil. 39. eod tit.* Vid. *inf. quod cum eo, qui in alien. potest.*

T E X T U S.

De muto & surdo.

7. Muto neque stipulari, neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est, quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudivit, sed de eo, qui omnino non audivit.

C O M M E N T A R I U S.

Cum stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per litteras aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, *l. 1. princ. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in princ. de verb. obl.* Etenim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, *§. item vobis, 3. sup. per quas pers.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussit, *d. l. 1. in fin. pr. verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit) Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretis, 10. Cod. qui test. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmant, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat. Vid. Plin. *lib. 10. nat. hist. cap. 69.* VINN. Prius non Justinianus, sed Celsus dixit, forte ex philosophi alicujus veteris traditione quales traditiones de rebus naturalibus sæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Casp. Schott. *Schol. Steganogr. Class. 8. cap. 17. Annot. 2. pag. 339.* sed fides sit penes auctorem. Magis certum est surdum a nativitate articulatam vocem edere posse. Artem hic superare naturæ vitium exemplis pluribus mihi constat. Conf. Præceptoris τῦ μακαρίτυ Sam. Strikii *de Jure sens. Diss. 4. cap. 1. §. 21. pag. 323.* HEIN.

T E X T U S.

De furioso.

8 Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit.

COM-

COMMENTARIUS.

VErbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu fit, sine consensu constitui, *l. 1. § conventionis*, 3. *de pact.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertum, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse, natura manifestum est, *l. 1. §. furiosu.*, 12. *de obl. act. l. si a reo*, 70. §. 4. *de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 4. de reg. jur.* Prius enim est ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici possit, quod agitur, aut regitur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quam quia mente caret, sive ut hic scriptum est, *quia non intelligit quod agit*. In eadem causa cum furioso est & prodigus, seu is, cui bonis interdictum est, verum cum de eo obligando agitur dumtaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *d. l. 1. §. fin. de oblig. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur non magis quam furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *furiosi* 40 *de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimi, §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac.* & ibi DD.

TEXTUS.

De impubere.

9. *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur, nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus est, non multum a furioso distant, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

NOTÆ.

Infans) Infantem dicimus usque ad annum septimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur.* qua ætate plane absolvitur integritas loquendi. Macrob. 1. *in Somn. Scip. 6.*

Infantiæ proximus) Qui septennium egressus adhuc consistit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre) *leg. ult. §. 2. de verb. oblig.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus e re est, saltem tutore auctore obligari posse, cum ipse vicissim sibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris & quamdiu quis infans habeatur?*
2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
2 *De proximis pubertati: & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur?*
5 *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6 *Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?*

PUpillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore, tam se aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Ceterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus (1) Est infans: Est infantiæ proximus; est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, l. 1. §. 2. *de adm. tut. l. servo*, 65. §. *pen. ad SC. Treb. l. 1. §. huic proximus*, 13. *de obl. & act. l. mulier*, 70. *de oblig. l. 6. rem pupill. salv. for. l. 5. de jur.* At enim vero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, *l. infanti*, 18. *C. de jur. delib. dict. leg. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de spons.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. (2) Proximus infantiæ dicitur, qui septennium nuper superavit, ἑπταετής, septennis Macrobius 1. *in Somn. Scip. c. 6. Anno septimo plene absolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum: tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant Interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l. 5. de reg. jur.* Ræward. *ad l. pupillium* 111. *eod.* Alii annum decimum tertium. Hotom. *hic.* Robert. 2. *recept. lect.* 17. Quibusdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimumquartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, 17. *observ.* 4. Accursius ad hunc locum & in *leg. 1. de neg. at.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus, consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic sit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis

major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillum autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censet Bart. & Castr. *in d. l.* 1. *de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur Decius *ad d. l. pupillum* 111. *de regul. jur.* Vigl. *in* §. *testes*, 6. *sup. de test. ord.* Gomez. 5. *resol.* 1. *num.* 57. Scheneid. *ad princ. sup. de auct. tut. num.* 12. *& seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & astutia impuberes æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus, ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt *leg.* 1. §. *ult. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit Joann. Fab. *hic*, & Salic. *ad l.* 7. *C. de pen.* eamque probant Dec. Vigil. *citatis loc.* Coras. 6. *misc.* 23. Covar. *de matr.* 2. *p. c.* 5. *n.* 7. Menoch. 2. *arbitr. cap.* 57. *n.* 20. *& seq.* Gœdd. *de contr. stip. cap.* 7. *n.* 185 *& seqq.* Philipp. *Matth. ad l. fere* 118. *n.* 39. *& seq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius a vero abesse videtur opinio communis: quam etiam Gomez. *ubi sup.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & illa terminus ad quem, & in hac terminus a quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

3. *Infans & infantiæ proximus non multo a furioso*) Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum a furioso distat, ut qui non magis intelliget, quod agitur, aut affectum acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l.* 1. §. 3. *l. quamvis*, 32. § *ult. de acquir. possess. leg.* 3. *Cod. eod.* Don. 5. *comm.* 11. Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *leg.* 9. *de acquir. hæred.* dicitur, nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur, *leg.* 1. §. *huic proximus*, 13. *de oblig. & act. l.* 6. *rem pup. salv.* actum rei non intelligere, *l.* 5. *de reg. jur.* Cæterum cum & hic & iisdem illis locis proditum sit, eum, qui infantiæ proximus est, & stipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major, idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti, *l.* 14. *de sponsal. l.* 1. §. *furiosus*, 3. *de acq. poss. l. quamvis*, 32. §. *ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi) Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l.* 5. *de reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, *l.* 1. §. *huic proximus* 13. *de obl. & act. l.* 9. *de acq. hær. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum*, 111. *d. reg. jur. l.* 5. §. *pen. ad leg. Aquil. l.* 3. §. 1. *de sepulc. viol. l. impuberem*, 23. *de furt. l.* 13. §. 1. *de dol. mal.* Gomez. 3. *resol.* 1. *n.* 57. & cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso tamquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur, an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati, quod jure non intelligat quod agitur, hic intelligat: ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronunciat, nullum esse eorum animi judicium §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re, de qua ibi agitur, dispositione testamentaria, in qua merito majus & solidius judicium requiritur, quam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum,) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum illud*, 25. §. 1. *quando dies l. si pupillus* 21. *ad leg. Falc. l. Stichum*, 95. §. 2. *de solut.* Idemque & affectu huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur, *leg. si pupillus*, 127. *de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur, *l.* 1. *in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l.* 3. § *pupillus* 4. *de neg. gest. l.* 5. *princ. &* §. 1. *de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *dict. l.* 127. *de verb. oblig.* ubi vid. Don. *n.* 11. Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane quoniam effectus naturalis obligatio is, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l.* 6. *de compens. l. naturales*, 10. *de oblig. & act.* in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet: inde fit, ut de pupillo sine tutoris auctoritate contrahente,

hic

sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tamquam ne natura quidem isto modo obligaretur, *l. quod pupillus*, 41. *de cond. ind. l. pupillus*, 59. *de oblig. & act.* habita, inquam, ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est; quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. cap.* 14. Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligantur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l.* 3. *Cod. de in int. rest. min.* cui e diametro obstare videtur *l. puberes*, 101. *de verb. oblig.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum, tamquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, ἐφῆβοι οἱ αὐτῶν κουρατώρων, &c. Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. DD. *in d. l.*3. *& in d. l.*101 mire variant in horum locorum conciliatione, Vid *d. c.* 14. *de pact.* ubi *n.*16. probo sententiam Tim. Fabri *anniv. disp.*9. verba *d. l.*101. *puberes sine curatoribus suis*, &c. sic interpretantis, absentibus curatoribus suis puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed præsentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio præsens esse, & statim auctor fieri debeat, *leg.* 9. *§.pen. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam qui præsens non fuit, sufficiat. VINN. Acuta hæc, sed parum solida. Modestinum hæc græce scripsisse, æque incertum est, ac quod scripserit, οἱ αὐτῶν κουρατώρων. Nec principiis juris satis convenit commentum Timæi Fabri, quia sic minor facile posset curatori suo illudere, & quascumque contrahere obligationes, modo eo absente promitteret. Verissimum itaque est, pupillum sine tutore naturaliter quidem, sed non civiliter: minorem sine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejusque rei consultissimam hanc esse rationem, quod tutor personæ, curator rebus datur. Unde & minor restituitur, nisi in rebus suis detrimenti quidquam passus sit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l.* 101. *ff. de verb. oblig.* probat *l.*43. *ff. de verb. obl.* Adde quod & jusjurandum deferre potest, *l.*9. *§.*4. *ff. de jurej.* & ex confessione sua tenetur, *l.*6. *§.pen. de confess.* Eleganter & solide hæc demonstravit vir amplissimus Zach. Hub. *diss. de obligatione puberum*, ubi & *leg.*3. *Cod.de in integr. restit.* his principiis non adversari docet, *c.* 7. HEIN.

Ne auctore quidem patre obligatur). Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §.* 2. *de verb. obl.* tradant impuberem filiumfamil. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus, ex quo fari posse cœperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris, & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutori, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit, non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam e re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur e re sua esse obligari, ipse promittat. Plane cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti*, 18. *in fin. Cod. de jur. delib. l. ult. §. sin autem*, 4. *in fin. Cod. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

De Conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat veluti si quis ita dixerit*; Si digito cœlum attigero, dare spondes? *At si ita stipuletur*: Si digito cœlum non attigero, dare spondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

NOTÆ.

10. *Cui natura impedimento*) Huic similis est quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l.*15. *de cond. inst. l.*26. *& seqq. de verb. obl.*

Si digito cœlum non attigero) Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem; sed ἀναγκαῖόν τι. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. περὶ ἑρμ. *cap. pen.* Consentiunt JCti, *l.*7. *&* 8. *eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

EX defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quod promittit, is se obligari non vult prius quam conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio, constetque jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maxime evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili: quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cum natura existere non possit. Neque hoc solum in stipulationibus, *leg.*1. *§. item*, 11. *de obl. & act. leg.* 7. *si stipuler*, 35. *de verb. oblig.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet: siquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem, *leg. non solum*, 31. *de oblig. & action.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus; quarum favore impossibilis conditio sub colore mendi detrahitur,

tur, & pro non ſcripta habetur, *l.1. de cond. inſt.* Vid. *ſupr.* §. *impoſſibilis*, 20. *de hær. inſt.*

Cui natura impedimento eſt.) Impoſſibilis conditio proprie eſt, quæ in eum caſum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impoſſibilem dixeris, quæ turpis eſt & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri poſſe credendum eſt, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius*, 15. *de cond. inſt.* & ſub tali quoque conditione facta ſtipulatio æque nullius momenti eſt, *l. generaliter*, 25. *cum ſeq. l. ſi ſtipuler*, 35. §.1. *l. ſtipulatio*, 61. *l. continuus*, 137. §. *cum quis*, 6. *de verb. obl.* De turpi ſtipulatione ſeparatim agitur inferius, §. *quod turpi*, 26. *h. t.*

Si digito cælum non attigero) Impoſſibilitas conditionis non ex re, quæ in ea eſt, ſed ex eo quod de ea re fieri debet, æſtimanda eſt. Nam quod fieri debet, ſi per rerum naturam fieri non poteſt, conditionem habet impoſſibilem: ſin poteſt, poſſibilem: quod ſi etiam fieri non poteſt, quin eveniat, neceſſariam. Itaque hæc ſtipulatio; *Si digito cælum non attigero, dare ſpondes?* non continet conditionem impoſſibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cælum tetigero*, ſed neceſſariam, ut quam certum eſt exituram eſſe. Thom. in 4. *diſt.*29. *art.*3. *qu.* 3. (1) Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria, ex regula Dialecticorum. Ariſtot. *de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur ſola verborum figura hujuſmodi ſtipulationes conditionales eſſe, revera non eſſe, ſed puras, *l* 9.§.1. *de nov.* ubi Juriſconſultus ſcribit, eum, qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino exitura eſt, pure ſtipulari videri. Et vero abſurdum eſſet, aut ſuſpendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipſo revera jam exiſtit, quod non poteſt non exiſtere. Recte igitur hic ait Juſtinianus, ſi talis conditio inferatur ſtipulationi. *Si digito cælum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi poſſe. Conſentiunt Juriſconſulti in *l.7. & leg.8. de verb.obl.*

T E X T U S.

De abſentia.

11. *Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cum hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat, forte poſt tempus tales allegationes opponentibus, & non præſentes fuiſſe vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus: ideo noſtra conſtitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus: per quam diſpoſuimus tales ſcripturas, quæ præſto eſſe partes indicant, omnimodo ſic credendas, niſi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.*

N O T Æ.

11. *Toto eo die, &c.*) Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam eſſe, *l.* 23. *C. d. t.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumſcriptum eſt, cujus negatio per indirectum probari poteſt, *d. l.14. Cod. de contr. ſtip.* Quintil. *l.5. c.6. & 7.* [illegible] *Rhet. ad Alex. c.14.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. 57. de don. int. vir. & ux.
2 *Summa conſt.* in l. 14. C. de contr. ſtip.
3 *Probatio negativa arctata loco & tempore.*

Inter abſentes concepta inutilis eſt) Si ſtipulatio confici non poteſt, ut aliquoties dictum eſt, niſi utroque loquente & altero alterum audiente, perſpicuum eſt, abſentem non magis, quam mutum aut ſurdum ſtipulationem contrahere poſſe, *l.1. pr. de verb.obl. l.3.C. h.t.* (1). Non adverſatur Paulus in *l. ea quæ*, 57. *de don.int.vir. & uxor.* ubi profert epiſtolam, qua continetur ſponſio abſenti viro ab uxore abſente miſſa: intelligi enim debet ſtipulationem antea inter præſentes conjuges interpoſitam fuiſſe, ut eſt lex & conditio ſtipulationis, cujus inter præſentes interpoſitæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Abſentes varie pro loco dicuntur: hic ſunt qui invicem audire non poſſunt, *d. l.1. de verb. oblig.*

Propter celeritatem dirimendarum litium) Cum ex eo quod non niſi inter præſentes ſtipulatio fieri poteſt, occaſionem litis caperent homines contentioſi, objiciendo, ſe, vel adverſarium ſuum, quo die ſtipulatio celebrata dicitur, abſentes fuiſſe, nec ſatis expeditum eſſet, actorne ſtipulationem factam eſſe affirmans, partium præſentiam, an reus factam negans, ſuam vel adverſarii abſentiam probare deberet, Juſtinianus hujuſmodi litium materiam conſtitutione ſuæ amputavit, quæ extat in *l. optimam*, 14. *de contr. ſtip.* (2) Voluit fidem haberi ſcripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur partes præſentes fuiſſe, niſi qui contradicit: manifeſto oſtendat per ſcripturam vel teſtes omni exceptione majores, ſe vel adverſarium toto eo die alibi fuiſſe, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egiſſe, ut illo tempore in loco, quo inſtrumentum confectum dicitur, eſſe non potuerit. Itaque in hoc quidem utile eſt, locum & diem inſtrumento inſeri. Debet vero illa probatio, ſive per inſtrumentum ſive per teſtes fiat, aliquanto potentior eſſe ſcriptura ex adverſo prolata, ut judici fidem faciat: per *l. precibus*, 18. *C. de prob.* DD. ad *leg. optimam* 14. *Cod. de contr. ſtip.*

Scripturas tales eſſe credendas) Id eſt, veras eſſe præſumendum. Quæ tamen præſumptio non eſt juris; & de jure, ut loquuntur, cum adverſus eam admittatur contraria probatio; ſeu juris tantum. Atque hanc pro inſtrumento præſumptionem Interpretes appellant præſumptionem veritatis, eo quod verum eſſe præſumitur & creditur, quod in inſtrumento ſcriptum eſt, donec contrarium probetur. Eſt enim pro inſtrumento; & alia præſumptio, quæ dicitur ſolemnitatis. De qua *inf.* §. *ſi ſcriptum*, 16.

(3) *Toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum*) Facti, quod tempore & loco circumſcribitur, negatio probari poteſt; veluti ſi, quod me Lugduni promiſiſſe, aut mihi numeratum fuiſſe dicitur Calendis Januariis, id me promiſiſſe aut mihi numeratum eſſe negem, quid eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam eſſe, *leg. actor*, 23. *Cod. de prob. l. 10. Cod. de non n. pec.* Id verum eſt, quatenus ſolum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod ſi quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per neceſſariam conſe-

quen-

quentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur; quamquam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. DD. *in d. leg. act. 23. Cod. de prob.* Duar. *cap. 4. de probat. in post. comment.* Donell. *cap. 4. de probat.* Quintill. *lib. 5. cap. 6. & 7.*

T E X T U S.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dare sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur:* Pridie quam morieris dare spondes? *inutilis erit stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

1. ***Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habitæ?***
2. ***Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutarit?***

(1) OLim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant a defuncto vel contra defunctum, a persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret. Eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mort. 35. supr. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l. 12. in fin. cum l. seq. mand.*

Pridie quam moriar) Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris dabis?* incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum: *Pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile esse censebant, *dict. §. post mortem, 35. supr. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum) Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in *l. scrupulosam, 11. Cod. de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem, aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quam morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. unic. C. ut act. ab hær.* (2) In hujus juris mutatione ait, se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris, veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hæc ratio efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem, 14. infr. eodem*, & tale legatum; *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad §. *loca, 5. supr. de verb. oblig. & ad §. impossibilis, 10. supr. de hæred. instit.*

T E X T U S.

De stipulatione præpostera.

13. *Item si quis ita stipulatus erat, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia præpostera concepta est. Sed cum Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut simili conceptæ: *Si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præpostere dictæ sunt, quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis, quod ὕστερον πρότερον cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *supr. de verb. oblig.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo: *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præpostere concepta videri debeat. Sed præposteram non esse indicat particula *tum*; quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio a conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis, tunc, cum conditio extiterit, dari oporteat, *leg. hujusmodi, 64. de verb. oblig.*

Si navis cras ex Asia &c.) Ita & Theophilus, ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. Pac.

Sed cum Leo inclytæ recordationis) Cum præposteræ stipulationis in dotibus a Leone admissæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio: aut præsentia temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem; posteris Justiniano placuit, ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præposteri, 25. C. de test.*

TEX-

TEXTUS.

De stipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat, cum moriar, dare spondes? vel, cum morieris, & apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item post mortem alterius recte stipulamur.*

NOTÆ.

14. *Cum moriar, cum morieris*) Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, *leg.* 45. §. 1. & *penult. de verb. obl. l.* 17. *de cond. in deb.* etiam in legatis, *l.* 1. §. 2. *leg.* 79. §. 1. *de cond. & demonstr.* Ulpian. tit. 24. §. 15. scilicet auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, *l.* 8. §. 1. *de man. test.* Cujac. 5. *obs.* 34. qua de re olim quærebatur. Gell. 6. *cap.* 13.

15. *Post mortem alterius*) In hac formula, *post mortem Titii dare spondes?* aperte cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores nostri ex sententia quorumdam Philosophorum vid. Gell. *lib.* 6. *cap.* 13. momentum moriendi vitæ potius, quam morti dandum censuerunt, cui consequens est, ut quæ in tempus post mortem non recte conferuntur, recte tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cum moriar*, vel, *cum morieris dare spondes?* semper probatæ fuerunt, *l. quodcumque*, 44. §. 1. & *pen. de verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cum hæres morietur*, *l. hæres*, 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp. *tit. de legat.* §. *post mortem*, 15. Neque obstat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti, sed vitæ attribuatur, obligatio & actio in casu proposito a defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inst.* Add. quæ scripsimus ad §. *post mortem*, 35. *supr. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erant potestate, cum morientur, *leg. quodcumque*, 45. §. 1. *de verb. oblig.*

Post mortem alterius) Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hic cessat ratio, ob quam placebat, stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem, quid hic statuendum sit, si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali, §. 4. *supr. de verb. obl.* Ego vero dixi, diem adjectum, quem certum est exiturum esse, etsi ignoretur, quando in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, *cum moriar*, *cum morieris*, *cum Titius morietur*, jure conditionalium censeri, ut obligationem differant: sed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantum antequam dies veniat, non possit, §. 2. *supr. dict. tit. l.* 79. *de cond. & dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti, debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulatori statim quæsita fuit.

TEXTUS.

De promissione scripta in instrumento.

16. *Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.*

COMMENTARIUS.

PRO instrumento duplex præsumptio est: una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifeste doceatur, §. *item*, 11. *supr. eod.* altera, quam appellant præsumptionem *solemnitatis*; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse; etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, *l. sciendum*, 20. *de verb. oblig.* Veluti si scriptum sit instrumento, promisisse aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente, responsum esse, *l. Titio*, 134. §. 2. *de verb. oblig. l.* 1. *C. de contr. stipul.* Paul. 5. *sent.* 7. unde descriptus videtur. Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. *ultim. tit. seq.* Cæterum adversus quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem verius est, *l. juris gentium*, 7. §. *quod fere*, 12. *de pact.* Donell. *ad d. l. sciendum*, 30. *de verb. oblig.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehendantur, si quidem promissor simpliciter respondeat*, Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfecta: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur*) Sive universæ verbo collectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ veluti, *Stichum, Pamphilum, & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. *supr.* add. *leg.* 29. *l.* 86 *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus spoponderit) *l.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, *d. l.* 83. §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, vid. *sup.* 5.

Et

Et ad ſingulas reſpondere) Quarum ſcil. præſtatione adſtringi volumus; neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cum plures res nominatim in ſtipulatum deducuntur, dubitatum, an promiſſor ſimpliciter reſpondendo in omnes teneatur?*
2 *Intereſſe, utrum plures res conjunctim an disjunctim in ſtipulationem deductæ.*
3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in ſtipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis ſtipulationis ſingulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare ſpondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non eſſe, erroneum non eſſe ſpondes?* vel collectim, ut verbo uno generali ſive communi res plures ſignificentur, ut *Summam illam*, aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur eſſe ſtipulationes, videlicet, quot ſunt ſummæ aut res in ſtipulatum deductæ, hic ut una conceptio, ita quoque ſtipulatio una, *leg. ſcire*, 29. *leg. quod dicitur*, 86. *de verb. oblig. leg. quia dicitur*, 32. *de evict.* Excipe ſpeciem *leg. Titia*, 134. *§. ult. de verb. oblig.* De poſteriore ſpecie nullum dubium eſt, quin promiſſore ſimpliciter reſpondente, *Dabo*, obligatio recte conſtituta ſit. (1) De priore autem dubitari poterat, an una ſimplex & indefinita reſponſio promiſſorem in rem omnes, quæ expreſſæ ſunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum eſt, plures hic intelliguntur eſſe interrogationes, plures quoque reſponſiones ad perficiendam ſtipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic reſponſionem ſufficere: quippe ſimpliciter reſpondendo, *Dabo*, ita promiſſorem reſpondere videri, ut ſtipulator verba concepit, & quaſi præivit, *§. præterea*, 5. *ſupr. eodem*. Itaque intelligendum eſt, etiam in una illa reſponſione plures eſſe reſponſiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Deditiſne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utenſilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus reſponderit) Nam ubi plures ſunt ſtipulationes, illæ cenſentur perfectæ, ad quas reſponſum eſt: verbi cauſa, ſi ego ſtipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his ſpoponderis, teneris in hoc unum: quia ad unam ex duabus ſtipulationibus videris reſpondiſſe, *l. inter*, 83. *§.* 4. *de verb. oblig.* (2) Diverſa cauſa eſt rerum plurium disjunctim in ſtipulationem deductarum; veluti ſi ſtipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum ſpoponderis, hic enim, quia mutata qualitate ſtipulationis reſpondes, pure promittens quod ſub conditione ſtipulatus ſum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter*, 83. *§.* 2. *junct. l.* 1. *§.* 3. *eod.* In pluribus tamen ſummis hoc quod minus eſt ſpondere intelligitur, *d. l. inter*, 83. *§.* 3. & 3. dixi *ſupr. §. præterea*, 5. *h. t.*

Et ad ſingulas reſpondere debemus) Siquidem in res omnes, de quibus interrogati ſumus, obligari volumus: aliequi ſi ad quaſdam duntaxat reſpondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas reſponſum eſt; in cæteris manet ſtipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci ſententia eſt, non usque adeo obſcura, ut probare non poſſim emendationem Hotomanni, qui ſic legendum exiſtimat, *non ad ſingulas reſpondere debemus.*

T E X T U S.

De pœna adjecta ſtipulationi, alii dari.

18. *Alteri ſtipulari (ut ſupra dictum eſt) nemo poteſt. Inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes vel obligationes ad hoc, ut unuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt. Cæterum ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris. Plane, ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur: Titio dari? nihil agis. Sed ſi adjecerit pœnam,* Niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? *tunc committitur ſtipulatio.*

N O T Æ.

18. *Nihil intereſt ſtipulatoris*) Pecuniariter ſcilicet. Affectioni autem tantum tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inutili ſtipulationi pœnalem ſubjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt.*
3 *Quantacumque pœna promiſſa ſit, tantum deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum reſtrictio.*

QUI alteri dari aut fieri ſtipulatur, neque ſibi obligationem aut actionem acquirit, quia ſibi ſtipulatus non eſt; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine ſtipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili conſtitutæ ſunt ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſua intereſt; ut vero alii detur, nihil intereſt noſtra, *h. t.* & *l. ſtipulatio*, 38. *§. alteri*, 7. *de verb. obl.* In ſumma, qui alii dari ſtipulatur, nihil agit: qua de re dictum copioſe, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, ſub *§.* 4. *ſup. eod. l.* Cæterum quia ſæpe ad affectionem & votum noſtrum pertinet, alteri cui cautum volumus, dari, oſtenditur hoc loco & apud Juriſconſultum ratio, qua quod alteri ſtipulando recta conſequi non poſſumus, id obliqua via conſequamur, aut certe non minus nobis conſulatur. Ea eſt, ut ſi quis alteri dari aut fieri ſtipulatus, velit hoc fieri, pœnam ſtipuletur, ſi ita factum non erit, uti cautum eſt, ſic enim tutum eſt, ut metu pœnæ promiſſor faciat quod promiſit, cum ſi id ita factum non ſit, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt.

Pœnam ſtipulari conveniet) Tria hoc loco & *d. leg. ſtipulatio*, 38. *§. alteri*, 17. de pœnali ſtipulatione ſtatui animadvertere poſſumus. Primum pœna utiliter nos poſſe ſtipulari etiam tunc, cum ſtipulatio, cui pœna ſubjicitur, ure non valet. Deinde pœnam, exiſtente conditione, deberi & peti poſſe, etſi ſtipulantis non interſit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine ſubjecta erat pœnalis ſtipulatio. Poſtremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promiſſa erit, tantam deberi. (1) Quæ an vere omnia dicantur, videndum eſt. Adverſus primum objici poteſt, quod pœnæ ſtipulatio videtur pendere ex priore, cui ſubji-

subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela; ideoque priore non consistente, & ipsam consistere non posse, cum sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *leg. stipulatio*, 61. *leg. si homo*, 69. *de verb. oblig.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessione prioris, sed æque atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis: cum numquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. pen. eod.* Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti evitandi causa subjecta. Neque vero pecuniæ dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *arg. leg. aliud est fraus*, 131. *de verb. sign.* Donell. *ad d. l. si homo*, 69. *de verb. obl.* Alterum, quod hic discimus, est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest, intellige, cujus nihil jure est alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in *l. 7. de serv. export.* ***Beneficio affici hominem, hominis interest.*** Respondeo, proprie id quod interest significat, quod nostra interest pecuniariter; sic enim definitur, *quantum nobis abest, quantumcumque lucrari potuimus*, *l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter eum extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit, tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non aspici quod intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pœnia, quantacumque sit, præstatur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari, aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, *§. omnes*, 21. *infr. de actionibus*; ita & conventionalibus; sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulatoris quid futurum esse paciscitur, *fac. §. ult. supr. de verb. oblig. l. ultim. de stip. prœt.* Non obstat quod constitutum est, nec promissor ultra duplum periculum subeat, *l. un. C. de sent. quæ eo quod int. prof.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantum est, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circ fin.* & in *dict. l. stipulatio*, 38. *§. alteri*, 17. *n. ult.* Ceterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti, *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare spondo?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifeste ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum, &c. considerari potest, quam simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per ***dict. leg. 1. Cod. de sent. quæ pro eo quod int.*** aut certe non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *leg. si dictum*, ***56. de evict.***

Tunc committitur stipulatio) Id est tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, *§. sub conditione*, 4. *sup. de verb. obl.*

T E X T U S.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. *Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperit, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est cum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne forte vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

N O T Æ.

19. *Cum ejus interesset*) *d. l. 38. §. 20.* Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quam sibimetipsi stipulari videtur, *l. 118. §. ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit) Alii, *cesserit*, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo) Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de admin. tut.*

Procuratori suo) Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

C O M M E N T A R I U S.

C*Um ejus interesset*) Cum dicimus, eum qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione §. 4. hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare stipulatus est, sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, *l. stipulatio*, 38. §. *si stipuler*, 20. *de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismetipsis stipulari videmur, *l. liber homo*, 118. *§. ult. eodem.*

Qui pupilli tutelam administrare) Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, recte ab eo stipulatur, rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio*, 38. §. *si stipuler*, 20. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l.* 8. §. 2. *de administr. tutel.*

Si quis procuratori suo) Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio, ob eamdem scilicet causam, quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

Si creditori suo) Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, recte stipulatur, cum ejus intersit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterat, *dict. l. stipulatio*, 38. §. *unde*, 23. *dict. leg. liber homo*, 118. §. *ultim. eodem*. Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri. Vid. *supr.* §. 4. *num.* 2. *eodem*. VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregie illustrantia exstant in *dict. leg.* 38. §. 20. *seq. ff. de verb. oblig.* HEIN.

T E X T U S.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur nisi pœnam ipse promiserit.*

C O M M E N T A R I U S.

FActi alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *supra* §. 3. *eodem*. Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta, si alius non dederit, feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine recte convenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, *leg. stipulatio*, 38. §. 1. & 2. *de verb. oblig.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum a pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveat Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. leg. sancimus*, 26. *C. de fidejuss. dict. leg. stipulatio*, 38. §. 2. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit, forte præstitum non iri, *arg. leg.* 7. §. 1. *satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam. Vid. Fach. 3. *contr.* Diod. Tuld. *in comm. hic cap.* 5.

T E X T U S.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

C O M M E N T A R I U S.

QUemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris, §. 1. *supr. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. *sic itaque*, 14. *infr. de action.* & translatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo pure inutiliter fieret, *leg.* 4. *Cod. de don. ante nupt.*

T E X T U S.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

N O T Æ.

22. *Tu de Pamphilo*) Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Theoph. sed etiam in re, quia nec de corpore consistit. Error vero in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *leg.* 32. *de verbor. oblig.* §. 29. *supr. de legat.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quando error consensui obest, aut non obstet;*
2. *Quid, si non ipso corpore, sed in materia rei erratum?*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *leg.* 1. §. 3. *de pact. leg. in omnibus*, 55. *de oblig. & action.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *leg. si per errorem*, 24. *de jurisd. leg.* 2. *de judic.* At enim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *leg. si in nomine*, 32. *de verbor. obligat.* §. *siquidem*, 29. *supr. de legat. leg.* 4. *Cod. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putat esse Sempronium, omnino non obligatur, per *dict. leg.* 15. *de jurisdict. & dict. leg.* 2. *de judic.* fac. *l.* 9. *princ. de hæred. instit.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit: proindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. inter*, *l.* 83. §. 1. *leg. continuus*, 137. §. 1. *de verb. oblig.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hic valere stipulationem:

leg. 9.

leg. si id, 22. *eodem*: quamvis emptio non valeat, *leg.* 9. *in fin. cum leg. sequ. leg.* 14. *in fin. de contrah. emption.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio: cum utique longe minoris æs, quam aurum, acetum quam vinum empturus fuisset. Plane si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in species, *dict. leg.* 14. *de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erravit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis*, 36. *de verb. oblig.*

T E X T U S.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex caussa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

C O M M E N T A R I U S.

STipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt: veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *leg. generaliter*, 26. *& leg. seq. l. si flagitius*, 133. *de verbor. oblig.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt in stipulatione deduci non possunt: verum etiam, quæ bonis moribus adversantur, veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio*, 61. *eod. leg. ult. C. de pact. leg.* 4. *Cod. de inut. stipulat.* Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti, cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abstineas, *leg. jus gentium*, 7. §. 3. *de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus damnatæ prohibentur, veluti stipulatio pœnæ, si quis uxorem hanc non duxerit, *leg.* 134. *princ. ff. de verb. oblig. l.* 2. *Cod. de inut. stipul.* stipulatio quotæ litis *leg.* 7. *ff. mand. leg.* 53. *ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipso jure inutiles sunt, quod copiose contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

T E X T U S.

De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

N O T Æ.

24. *Idem est & ex parte promissoris*) Ut si pendente conditione promissoris quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l.* 57. *de verb. oblig.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, § 4. *supr. dict. tit.*

C O M M E N T A R I U S.

HIC locus a me expositus est ad §. *sub conditione*, 4. *supr. de verb. oblig.*

T E X T U S.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium prætererit, quo traditio fieri possit.*

N O T Æ.

25. *Qui hoc anno*) Ex Pompon. *l.* 42. *eod.* Vid. *supr.* §. *eod.*

Non poteris continuo agere) Hoc non ad jus petendi, *dict.* §. 2. sed ad ejus, quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile, statim cum sacco venire creditorem, *l.* 105. *de sol.*

C O M M E N T A R I U S.

DUO hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta, ante agi non possit, quam totus ille dies præteri-rit. Alterum, quod etiam ei, qui pure quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad §. 2. *supr. de verb. obl. l.* 42. *eod.*

TITULUS VIGESIMUSPRIMUS.

DE FIDEJUSSORIBUS

Dig. Lib. 46. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 41. *Nov.* 4.

Continuatio, & argumentum Tituli.

OBligatur quisque aut proprio nomine, sive principaliter, aut nomine alieno, sive accessorie, dum scilicet pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species: mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, §. *tua tantum* 6. *inst. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. *de const.* 9. *inst. de act.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Conjunguntur hi tres, in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov.* 4. atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subjicitur, quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l.* 5. §. 2. *de verb. oblig. l. Bandatus* 12. *C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis, deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permisse, quatenus obligetur, quaque forma constituatur.

TEX.

TEXTUS.

Cur accipiuntur?

Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homine accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit.

NOTÆ.

Solent alii obligari) Accessorie videlicet seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, §. 6. *inst. de mand.* item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, §. 9. *inst. de act.* & maxime qui, quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione, de quibus solis hic agitur: conjungatur *l. ult. C. de const. pecun.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalis.*
2. *Fidejussor idem qui & adpromissor, expromissor alius.*
3. *Sponsores, prædes, vades.*

PRO *eo, qui promittit, solent alii obligari*) Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari recte dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris, esse accessionem quamdam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussores omni obligationi accedere.

Qui fidejussores appellantur) (2) A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, *l. 5. §. 2. de verb. oblig. l. in omnibus 43. de solut. l. si vero 64. §. 4. solut. matrim.* quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicantur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, *l. §. 1. servus pactionis 8. de dol. mal. l. qui libertinus 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de const. cap. dim. l. 8. §. si convenerit 8. ad SC. Vell. l. ult. de SC. Maced.* unde & a fidejussore passim distinguitur, *l. ut res 53. de cont. empt. d. l. 37. in fin de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. l. 7. §. servus 8. de dol. mal. d. l. 64. §. 4. solut. matrim.* Veteres quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores*. Cicero *ad Attic. lib. 1. Epist. 8. Tulliola, nostræ deliciolæ, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* (3) Et alibi, *Famil. lib. 6. Ep. 18. de negotio tuo, quod sponsores pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit,* &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur, *prædes*, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teste Ascon. Pædiano. *Verr. 3. satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus: *Præs, inquit, est is, qui populo se obligat, interrogatusque a magistratu, an præs sit, ille respondet. Præs.* In quem locum Josephus Scaliger sic scribit: *Festus ait, prædem dictum esse, quod interrogatus a populo si præs esset, respondebat, Præs, supple, sum. Præs esse antiquitus significat præsentem esse, πάρειμι. Unde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludo septem Sapientum de Thalete loquens sic ait:*

Spondere qui nos nexa quia præs est vetæt.

Item Scaliger apud Varronem 5. *de lin.* sic legendum existima: *Itaque præs qui a magistratu interrogatus in publicum an præs est; a quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus: prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll.* 12.

Qui subit in pœnam capitali judicio? Vas.
Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.

Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. Vid. Hering. *de fidejuss. c. 3. n. 43. & τὸν τοῦ clar.* Salmas. *de mod. usur. cap. 6.*

Ut diligentius sibi cautum sit) Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *l. 9. in fin. de sup. leg.* Senec. *de benef.* 7. 14.

TEXTUS.

In quibus obligationibus?

In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive litteris, sive consensu contracta fuerint. At nec illud quidem interest, utrum civilis an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

NOTÆ.

In omnibus obligationibus) *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 10. §. 3. h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur *d. l. 8. §. 5. l. 56. ult. l. 70. §. ult. eod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l. 13. ad leg. Aquil. l. 22. Cod. de pæn.* Textus autem in *l. 1. cum seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis) *l. 6. in fin. leg. 7. leg. 16. §. 3. hoc tit.* ut arctius hoc casu adstringatur fidejussor, quam reus, add. Theoph.

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causa dotis.*
2. *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3. *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor?*
4. *Pro qua obligatione naturali interveniens, obligetur?*
5. *Quid si obligatio sit mere civilis?*

Objectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cum natura ejus obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *leg. 6. in fin. l. fidejuss. l. 16. si sub 29. l. si quis 37. & pass. h. t. l. 6. de verb. oblig.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet, quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 13. eod.* Cæterum dum aliqua sit obligatio non in totum improbata jure civili aut Prætorio, cujuscumque ea generis, sit, tenet fidejussio, *l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. 3. eode.* (1) Clarius hoc apparebit ex numeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest: quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem solum matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur *l. 1. & 2. Cod. de fidej. dot. dent. l. 1. C. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnullis fidejussorem a marito eo nomine datum obligari contendant. Vid. Fach. 8. *controv.* 76. Gail. 2. *observ.* 8d. Ant. Fab. *C. suo, d. tit. defin.* 1. Ant. Merend. 6. *contr.* 13. Christin. *vol.* 3. *dec.* 141. VINN. Nolim tamen ego hic auctoribus adsentiri, cum non modo rubrica tituli *C. ne fidej. dot. dent.* prohibitionem insolvat, verum etiam *l. un. C. Theod. de fidej. dot.* ex qua *l. 1. C. Justin. eod.* desumpta est, diserte *omnium sponsorum vel fidejussorum in cavenda dotis sponsione promissiones deinceps absolvat.* Accedit quod ratio hanc fidejussionem prohibendi æque in maritum ultro fidejussores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim absurditas, eadem turpitudo, idem fidei ac amoris conjugalis contemptus hic versatur, ut recte monuit Harpprech. *ad h. §. n.* 11. Potest tamen pignus a marito pro dote dari, *l. 7. §. 6. ff. de don. int. vir. & uxor.* quia hic alienam fidem uxor non sequitur, sed mariti. Potest & fidejussor accipi pro dote ab uxore promissa, ab alio expromissa *l. 55. ff. de iure dot.* Potest denique satisdatio exigi de solutione dotis post certum tempus *l. 24. §. 2. ff. sol. matrim.* Quemadmodum enim illo casu maritus non uxoris, sed tertii fidem in dubium vocat; ita hoc non de constante, sed de soluto matrimonio agitur. 2) HEIN. Sed etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *leg. 8. §. fin. & 5. l. si quis 56. §. ult. l. in arca, 70. §. ult. h. t.* utique si ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam; nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio, quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis semel amisit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in pristinum statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod ipso reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum; at, pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid prodest fidejussori, reum eamdem pœnam postea subire? Præterea nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l. 15. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sancimus 22. de pœn.* (3) Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat? Placet autem hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si rem non sisterint, certa pecunia mulctentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet; alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. l. 12. C. de appell.* (4) Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. h. tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest: veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. oblig.* Neque constat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari *l. 25. h. t.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno: non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis, quippe qui idem promittens quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Ræward. 2. *var.* 9. Robert. 2. *recept. lect. ult.* Cont. 2. *lect.* 3. Lycklam. 6. *memb.* 8. Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure Pretorio, & sine re atque effectu inutile, *l. nihil interest, 112. de reg. jur.* hoc non pertinere (5) Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest, tamen cum & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur; & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui per exceptionem 40. de cond. indic. l. 3. §. 1. de pec. const. l. 14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, fac. *l. si quis, 37. h. t.* aut certe si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ pro principali competit, creditorem repellere poterit, per *l. 7. §. 2. de except.* Bart. *in leg. 1. num. 3. hoc tit. post Glog. hic.*

Sive litteris) Non adversatur quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est, una vere talis, altera præsumptiva, qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuam accepisse, ea confessio post silentium bienni auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore teneatur, ac si vera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Vel tantum civilis) Non civili nuda, sed mixta, quæ actio-

actionem efficacem producit, quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. hoc tit.*

Pro servo quoque obligatur) Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *leg. 14. de obl. & action.* Ac ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus: potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem a servo accipere, *l. si a reo 70. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *l. si quis, 56. §. 1. eod.* speciali scilicet ratione, quam indicati *tit. præc. §. item inutilis, 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

SAtis notum est obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, *§. 1. inst. de perp. & temp. act. l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *leg. 13. C. de contr. stip.* Talis autem est obligatio qua tenetur fidejussor: ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. leg. fidejussori, 24. Cod. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tamdiu quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d. §. 1. instr. de perp. & tem. act. l. omnes, 26. l. sciendum, 58. de obl. & act. l. pœnalia, 174. de reg. jur. l. 10. §. 2. ubi Cottal. si quis caut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria. VIIN. Aliquando fidejussio in hærede sit obligatio principalis, quæ in defuncto accessoria tantum fuerat, si nimirum fidejussor minori, pro quo fidejusserat, hæres fiat. De quo casu intelligenda videtur *l. 95. §. 3. de solut.* ut non opus sit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *personalis*. Conf. Viri amplissimi Zach. Hub. *Diss. de Chirogr. Pauli, cap. 1. §. 6. pag. 67.* HEIN.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIUS.

ET *præcedere*) Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l. 6. §. ult. hoc t.* ita tamen, ut præcedens fidejussoribus obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. non quemadmodum, 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, *l. fidejuss. 57. hoc tit.*

Et sequi potest) In quo differt fidejussor a mandatore. Nam qui potest creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, *l. 12. §. si post 14. mand.* Item a pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, *l. 1. 5. 11 de pec. const.*

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere. Sed ex epistola D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola D. Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

NOTÆ.

4. *Ex epistola D. Hadriani*) *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. Cod. de pec. const.*

Hujus solius detrimentum) Poterit quidem quod solvit, repetere a debitore actione mandati: sed a creditore partem repetere non potest: nec adversus confidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit, actiones sibi cedi a creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederetur, *l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 1. l. 11. l. 14. Cod. eodem.*

COMMENTARIUS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat? & num. 6.*
3. *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat. & alia remissive.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis; & quid inter hæc intersit?*
6. *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
7 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis?*
8 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum?*
9 *Renunciatione superiora beneficia amitti.*

(1) PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, *l. 3. hoc t.* Neque hoc Jus mutatum est *Nov. de reis promittendi 99.* unde *auth. 4. hoc ita C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur;

 an-

en obligationem pro numero personarum dividi existimaverint. cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. (2) At plurimum fidejussorum obligatio naturam talem [illegible] habet. quippe cum horum singuli promittant id quod reus habet, & quatenum [illegible]. D[illegible] autem in solidum. Teneantur ergo plures [illegible] in solidum & in solidum singuli conveniri possint. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum [illegible] quo eorum contestetur, omnes solvendo sint, [illegible] inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures 26. h. tit. l. 3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox latius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani (5) *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente C. h. tit.* quod tale est; ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his esse [illegible] agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori post [illegible] spatium temporis a judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus evenerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor, recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est, deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Just. d. *Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria: secundum Mynl. *cent. 2. observ. 15.* Gail. *2. observ. 27. n. 1*[illegible] Menoch. [illegible] *662. n. 2*[illegible] Vasq. *illust. q. p. 1. l. 1. c. 40. n. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra [illegible] obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l. 3. l. 5. C. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiantur ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in toto [illegible], vid. Fachin. *3. cent. 53.* Ant. Fab. *C. suo, h. tit. defin. 3.* [illegible] apud nos Curia aliquando censuit, non esse, [illegible] 3. An ei competat, qui fidejussor [illegible] se debitorem principalem constituit, Gail. [illegible] 29. [illegible] 11. Christ. *vol. 5. decis. 214. n.* [illegible] 14 Illud constat, fidejussores judicio sistendi [illegible] ordinis non habere; [illegible] ex auctoritate prætoris [illegible], ut judicium ratum sit, *l. 1. de* [illegible] contra [illegible], differri executionem [illegible] *52. de verb. oblig.* Ant. Fab. *C. de* [illegible] *h. tit.* Christin. *vol. 2. decis. 145. n. 7.* [illegible] *79. n. 25.* Sed nec ille, qui pro [illegible] naturaliter tantum [illegible] intervenit, [illegible] beneficio uti poterit. Gail. [illegible] *27. num. 20.* Contule porro pe beneficio ordinis DD. *in auth. præsente, C. hoc tit.* Gomez. *2. resolut. 13. num. 14.* Gail. *2. observ. 27. & seq.* Hering. *de fidejuss. cap. 27. part. 1.* Christin. *vol. 5. decis. 2. num. 14.*

Compellatur creditor a singulis) Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum teneantur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fine 6. h. t.* secundum quod Parisiis judicatum refert Papon. *l. 10. tit. 4. arest. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter, 26. eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisse, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter 26. l. si testamento, 49. §. 1. in fin. eod.* (6) Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores, actionem non dividi, *l. si a Titio 43. l. si plures, 27. §. ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperant: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem. pup. salv. for.* ubi & ratio additur.

Solvendo sunt litis contestatæ tempore) (7) Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 19. §. 1. h. t.* Altera, cujus hic sit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter, 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter, 5. §. pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l. 19. §. 1. Cod. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. *in d. l. 10. §. 1. n. 5.* Sichard. *l. 10. & seqq.* Don. *n. 2. & seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio, cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin. 33.* Fachin. *8. controv. 5.* Christin. *vol. 5. decis. 214. & ibi cit.* Dissentit tamen Gail. *2. obs. 27. n. 5.* contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa, quamquam fateatur, omissam ex officio a judice suppleri non posse, add. D. Joann. a Sande *l. 1. rer. jud. tit. 7. d fin. 2.*

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c. (8) Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisio-

nis solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *quis*, *6. inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipsum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidej. 39. h. t. l. 11. C. eod.* (9) Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejuss. 17. l. cum is, 36. l. ult. fidejussor, 39. h. t. l. 2. l. 11 l. mandati 14. C. eod. l. Modestius. 76. de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. cess. c. 7. n. 11. & seqq.* Groenevv. *de l. abrog. ad d. l. 11. C. h. t.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cætoros ejusdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l. 1. §. & si forte, 15. de tut. & rat. distr.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores, 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l. 10. hoc tit.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. *vol. 4. decis. 179. n. 10. & seqq. vol. 5. decis. 214. n. 51. & seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint; renuntiando, ut fere hodie fit, admitti. (10) Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor?

5. ***Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur.*** *Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari possunt) Vel in minorem summam, quam quæ debetur a reo principali, vel alias in causam leviorem, *dict. l. 8. 7. & seqq. l. 34. hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem rectius, quam reum principalem obligari posse; durius non posse.*
2. *Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, ne in debitum quidem obligari.*
3. *Transpositione Haloandri in leg. 8. §. illud, 7. hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4. *Explicatur l. rogatus, 33. mandat.*
5. *Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.*
6. *Removetur obstaculum leg. 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.*
7. *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum?*

CUM fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur; quam reus principalis veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter. Jo: Fab. *hic.* Gomez. *2. resol. 13. n. 2.* adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, *§. 1. sup. eod.* In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud, 7. eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in [illegible] concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l. 8. §. illud 7.* omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. *6. comm. 6.* Hotom. Bach. *in hunc §.* Bach. *n. 8. contror. 51.* Gud. *cap. 4. de contrah. stipul. conclus. 4. n. 65. & seqq.* Tim. Fab. *disp. 23.* At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro Mynf. Wesemb. Gifan. Gomez. *hic 1. res. 13. n. 2.* Duar. *ad tit. de fidejuss. c. 3.* Vasquez. *1. illust. quæst. 40.* Pronch. *4. cent. 53.* Hering. *de fidejuss. cap. 24. num. 52. & seqq.* quibus etiam accedit Diod. Tulden. *comm. hic, cap. 2.* (2) Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulp. *d. l. 8. §. illud, 7. hoc tit. eo.*, si in duriorem causam adhibiti fuerint *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, plane, prorsus, penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur ipsove Ulpian. *leg. si non for-tem,*

en obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus cavens ne plures pro mittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id [illegible] sit. (5) At plurimum fidejussorum obligatio [illegible] talem [illegible]tationem habet, quippe cum horum singuli [illegible] mittunt id quod reus habet, & quantum [illegible]. D[illegible] autem in solidum. Teneatur ergo plures [illegible] in [illegible] & in solidum singuli conveniri possint. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani [illegible] illis tributum est, ut si quo tempore [illegible] eorum convenietur, omnes solvendo sint, [illegible] inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. si plures* 26. [illegible] *tit. l.* 3. *C.* [illegible]. Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerant, *l. ult. C. de pec. const.* Vim beneficii mox [illegible] [illegible]. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani [illegible] *Nov.* 4. *c.* 1. unde *auth. præsente C. h. tit.* quod tale est; ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his [illegible] agi possit, quam si suum creditor a debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori post [illegible] spatium temporis a judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus evenerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor, recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est, deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Just. d. Nov. 4. cap. 1. Quod si debitor [illegible] non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum Mynf. *cent.* 2. *observ.* 15. Gail. 2. *observ.* 27. *n.* 1[illegible]. Menoch. [illegible] 662. *n.* 20. Vasq. [illegible] *q.* [illegible] *l.* 1. *c.* 40. *n.* 2. ubi communem [illegible]. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuit creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l.* 3. *l.* 5. *C. h. t.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. *cont.* 53. Ant. Fab. *C. suo*, *h. tit.* [illegible] 3. [illegible] apud nos Curia aliquando censuit, non esse, [illegible] 3. An ei competat, qui fidejussor [illegible] se debitorem principalem constituit, Gail. *d. l.* 2. [illegible] 29. [illegible] [illegible] 11. Christ. *vol.* 5. *decis.* 214. *n.* 46. (4) Illud constat, fidejussores judicio sistit, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere; quippe [illegible] ex auctoritate prætoris [illegible], ut judicium ratum sit, *l.* 1. *de* [illegible] contra [illegible], differri executionem [illegible], [illegible] *l.* [illegible] *de* [illegible]. Ant. Fab. *C. de* [illegible] *h. tit.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 145. *n.* 7. [illegible] *decis.* 179. *n.* 25. Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum [illegible] intervenit, [illegible] beneficio uti potest. Gail. [illegible] *observ.* 27. *num.* 20. Contrale porro pe beneficio ordinis DD. *in auth. præsente, C. hoc tit.* Gomez. 2. *resolut.* 13. *num.* 14. Gail. 2. *observ.* 27. *& seq.* Hering. *de fidejuss. cap.* 27. *part.* 1. Christin. *vol.* 5. *decis.* 2. *num.* 14.

Compellitur creditor a singulis) Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum teneantur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l.* 3. *in fine* 6. *h. t.* secundum quod Parisiis judicatum refert Papon. *l.* 10. *tit.* 4. *arest.* 23. Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem dumtaxat, *l. inter*, 26. *eod.* inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisse, partem condicere, tamquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter* 26. *l. si testamento*, 49. §. 1. *in fin. eod.* (6) Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ fidejussores, actionem non dividi, *l. si a Titio* 43. *l. si plures*, 27. §. *ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperant: pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem. pup. salv. for.* ubi & ratio additur.

Solvendo sunt litis contestatæ tempore) (7) Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l.* 19. §. 1. *h. t.* Altera, cujus hic sit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter*, 51. §. 1. *eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet primum ut sciamus, si quis e fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cœperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter*, 5. §. *pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, *l.* 19. §. 1. *Cod. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. Salic. *in d. l.* 10. §. 1. *n.* 5. Sichard. [illegible] 10. *& seqq.* Don. *n.* 2. *& seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio, cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 33. Fachin. 8. *contrav.* 5. Christin. *vol.* 5. *decis.* 214. *& ibi cit.* Dissentit tamen Gail. 2. *obs.* 27. *n.* 3. contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa, nunquam [illegible], omissam ex officio a judice suppleri non posse, add. D. Joann. a Sande *l.* 1. *rer. jud. tit.* 7. *defin.* 2.

Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.) (8) Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisio-

nis solidum solverit, is quidem a debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *quis*, 6. *inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel a creditore partem repetere potest, quia solidum ipsum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidej.* 39. *h. t. l.* 11. *Cred.* (9) Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut a creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum: sed tunc cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, *l. fidejuss.* 17. *l. cum is*, 36. *l. ult. fidejussor*, 39. *h. t. l.* 2. *l.* 11 *l. mandati* 14. *C. eod. l. Modestius*. 76. *de solut.* Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. cess. c.* 7. *n.* 11. *& seqq.* Groenevv. *de l. abrog. ad d. l.* 11. *C. h. t.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet, agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin.* 28. *mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, *l.* 1. §. *& si forte*, 15. *de tut. & rat. dist.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores*, 41. §. 1. *hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l.* 10. *hoc tit.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 179. *n.* 10. *& seqq. vol.* 5. *decis.* 214. *n.* 51. *& seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint; renuntiando, ut fere hodie fit, admitti. (10) Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excussionis, & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor?

5. *Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTÆ.

Ut minus debeant, obligari possunt) Vel in minorem summam, quam quæ debetur a reo principali, vel alias in causam leviorem, *dict. l.* 8. 7. *& seqq. l.* 34. *hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. *Fidejussorem rectius, quam reum principalem obligari posse; durius non posse.*
2. *Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, ne in debitum quidem obligari.*
3. *Transpositione Heloandri in* leg. 8. §. illud, 7. hoc tit. *everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*
4. *Explicatur* l. rogatus, 33. mandat.
5. *Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.*
6. *Removetur obstaculum* leg. 1. §. stipulanti 4. de verb. obl.
7. *Media Bachovii sententia non improbabilis, & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum?*

CUM fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortioque vinculo constringantur; quam reus principalis veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter. Jo: Fab. *hic.* Gomez. 2. *var. l.* 13. *n.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore, aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l.* 8. §. *illud*, 7. *eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in [illegible] concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l.* 8. §. *illud* 7. omnesque fere Interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari; quorum sententiam sequuntur & defendunt Connan. 6. *comm.* 6. Hotom. Bach. *in hunc* §. Bach. *n.* 8. *contror.* 51. Gord. *cap.* 4. *de contrah. stipul. contus.* 4. *n.* 65. *& seqq.* Tim. Fab. *disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro Mynf. Wesemb. Gifan. Gomez. *hic* 1. *res.* 13. *n.* 2. Duar. *ad tit. de fidejuss. c.* 3. Vasquez. 1. *illust. quæst.* 40. Pronch. 4. *cent.* 53. Hering. *de fidejuss. cap.* 24. *num.* 52. *& seqq.* quibus etiam accedit Diod. Tulden. *comm. hic*, *cap.* 2. (2) Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulp. *d. l.* 8. §. *illud*, 7. *hoc tit.* eo., si in duriorem causam adhibiti fuerint *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam*, *plane*, *prorsus*, *penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu a nostris usurpatur ipsove Ulpian. *leg. si non sortem*,

tem, 26. §. *indebitum*, 3. *de cond. ind. d. l.* 2 §. 2. *in fin. de admin. tut. l.* 4. §. *sed enim* 3. *rem pup. salv. for.* (3) Quod si cum Holoandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*, *aut omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falsaque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra causam propositam. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure spoponderint, quod res sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicite quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, prorsus non obligetur: uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l.* 8. §. *illud*, 7. *cum seqq. l.* 16. §. 1. *l. hi qui*, 34. *l. si testamento*, 49. §. 2. *si a reo*, 70. §. 1. & 2. *hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur; maxime vero quod responsum est, fideicommissorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento*, 49. *in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacumque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit *leg. rogatus*, 34. *mand.* (4) Nam ut recte Gloss. & Bart. *in d. l.* 8. §. *illud* 7. respondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in §. *is*, 8. *pen. infr. de mand.* Neque ullum in *d. leg. rogatus*, 33. verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus* 33. agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio sic, ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere autem de ea aliquid aut diminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut, si verbi causa, mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil a te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra*, 22. *C. mand.* & *ibi* *Salic. de fidejuss.* (5) Non obstat, *leg. Labeonis*, 11. §. 1. *de pec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ si fidejussoris obligatio respuit: veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *d. l.* §. 2. *d. tit.* quod aliud, quam quod debetur constitui potest, & quod debetur constitui in citeriorem diem, *l.* 1. §. *an potest*, 5. *l.* 4. *eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l.* 8. *illud*, 7. & *seq. l.* 16. *princ. l. si ita*, 42. *hoc tit.* (6) Unde apparet, a constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse. Illud majori summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l.* 1. §. *si stipulanti*. 4. *l. inter* 83. §. 3. *de verb. oblig.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse, quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l.* 1. §. 4. Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eamdem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditoris promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *l. si testam.* 49. *in fin. h. t.* VINN. Hactenus Vinnius probasse sibi visus est, fidejussorem in duriorem causam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam sententia fuit Jo: Bossiani ex primis Glossographis, & postea ipsius Cujacii in *Recit. ad l.* 11. *Resp. Papin. in l.* 9. *ff. de usur.* Sed is ipse hanc sententiam deseruit in *Notis secundis ad inst. h.* §. & in *Recit. ad leg.* 4. *Jul. & Minuc. in l.* 33. *ff. mand.* ubi fidejussorem in duriorem causam datum, saltim in minorem obligari docet. Id quod sæpe principiis magis consentaneum videtur, partim ob *l.* 33. *ff. mand.* & *l.* 11. §. 1. *ff. de pecun. const.* quibus non usquequaque satisfactum videtur a Vinnio, partim quia fidejussio est stipulatio, cujus ea natura est, ut qui stipulanti decem, viginti promiserit, decem debeat, *l.* 1. §. 4. *ff. de verb. oblig.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile est, vitiari, *leg.* 9. *ff. de usur. l.* 1. §. 4. *de verb. oblig. l.* 35. §. *ult. C. de donat.* Nec aliter græci videntur docuisse, In Basilicis enim in *leg.* 8. §. 7. de fidejuss. & mand. pro *omnino non* legimus οὐδ' ὅλως: *non omnino*, id est, non in totam summam majorem, in quam datus est. (7) Conf. Em. Merill. *Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 1. 199. HEIN. D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam a fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eamdem, & fidejussor majorem promiserit: veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quam decem stipulatus sit a fidejussore, & is viginti fide sua esse jussetit: illo casu in totum vitiari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius a fidejussore stipulatur, quam quantum res debet, non potest proinde dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Plane nunc in constituendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solum quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia; Gomez. 2. *var. resol. cap.* 13. *num.* 2. Autumn. *Confer. du droit. hic.*

Accessio est principalis obligationis) Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali collatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *leg. in omnibus*, 43. *de solut.*

solut. leg. novatione, 18. *de novat. leg. cum principalis*, 178. *de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiam si subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: si quidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Nec plus in accessione) Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus precii sit in accessione, quam in principali re, §. *si tamen* 26. *sup. de rer. div. l. cum autem*, 19. §. *perveniamus*, 13. & *seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione*, 34. *de contr. empt.*

Ut minus debeant, *obligari possunt*) Fidejussor in leviorem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *dict. leg.* 8. §. *illud*, 7. *hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l.* 8. §. *antepen. & pen. l. hi qui*, 34. *eod.*

Non solum in quantitate) Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, §. *si quis agens*, 33. *inf. de actionibus*.

TEXTUS.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati judicium.*

NOTÆ.

6. *Mandati judicium*) *leg.* 10. §. 11. *mand.* nempe si mandatum vel expresse vel tacite intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *h.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *d. t. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *leg.* 20. *Fidejussores*, 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus a reo sit, ut fidejuberet, *leg. ex mandato*, 20. §. 1. *dict. tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *leg.* 6. §. 2. *leg. qui patitur*, 18. *mand. leg.* 6. *Cod. eodem*. Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati, sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, *dict. leg.* 6. §. 2. *dict. leg. ex mandato*, 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *leg.* 4. *hoc tit.* Quid si pro invito aut vetandi donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l.* 6. §. 2. *l. si pro te*, 40. *mandati*.

TEXTUS.

Si fidejussor Græce accipiatur.

7. *Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω λέγω. Sed & si dixerit, Θέλω, sive βούλομαι, sed & φημί, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.*

COMMENTARIUS

Etiam Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina stipulationem recte fieri, §. *sup. de verbor. oblig. l.* 1. §. *ult. eo l.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8. *princ. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur: *Græce fidejussor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω. θέλω, sive βούλομαι, sed & si φημί dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, λέγω.* Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sane τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio, τὸ φημί, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. *Videri solemniter acta*) *l.* 40. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem rite interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. & 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

Cum fidejussisse aliquem scriptum est, omnia rite acta creduntur, *l. sciendum*, 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, verum esse, quod in eo scriptum est, §. *item verborum*, 11. *supr. tit. præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit, solemnitates istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur: veluti si scriptum sit, promisisse aliquem, creditur is ad interrogationem præsentem respondisse, §. *si scriptum*, 17. *tit. præced.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum, adhibita a creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, *l.* 5. §. *satis*, 3. *de verb. oblig. l.* 22. *Cod. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUS SECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissime constitu-

tum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur) Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cicer. *pro Rosc. Comæd. cap.* 1. & 2. Salmas. *de usur. cap.* 6. & *ad Jus Attic. c.* 29.

Non sunt in usu) Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotomann.

Post multum temporis) Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

Dum queri non potest) Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *leg.* 8. & 2. *seqq. leg.* 24. *de non numer. pecun.*

Per constitutionem nostram) *dict. leg.* 14. *Cod. de non num. pecun.*

Ut ultra biennii metas) Intra biennium autem tria remedia ad tractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi, *leg.* 7. *Cod. eod. l. ult. Cod. de condit. ex leg.* querela seu denunciatio aut protestatio de non facta numeratione, *l.* 8. *leg.* 9. *de non numer. pecun.* quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, *dict. leg.* 14. §. *ult.* & *auth. seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *leg.* 3. *l.* 5. *dict. l.* 8. *dict. leg.* 14. *Cod. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *leg.* 3. *l.* 10. *Cod. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *dict. l.* 8. *d. l.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant?*
3 *Cautiones pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & an excipiens de pecunia non numerata levetur probatione?*
5 *Recte ne obligatio hic proprie dicatur litterarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa: & alia quædam.*
7 *Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur?*
8 *Quibus argumentis Bartholus & DD. vulgo adducti dissentiant?*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.*
12 *Usus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. sup. de obl.* (1) Litterarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis exsolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit; rem tis litteris huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui recte non diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id a tabulario confectum sit. Gloss. *in leg.* 3. *C. de non num. pecun.* Sichard. *ibid. n.* 8. Dom. *n.* 12. cautio passim a nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *leg.* 1. & 3. *seqq. leg.* 8. *C. d. tit. leg. emptor*, §. *ultim. de pact.* Exigimus, ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventione nulla ex contractu obligatio, *leg.* 1. §. 3. *de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, *sed* mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget; sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti plane inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est, se debere, nulla nominatim expressa causa propter quam debeatur, *leg. cum indebito*, 25. *in fin. de prob. l. generaliter*, 13. *Cod. de non num. pec. Cod. si cautio* 4. x. *de fid. instr.* vid. D. Andr. Gail. 2. *observ.* 13. Damhoud. *prax. civil. cap.* 175. *n.* 14. ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, ad Groenevv. *de leg. abrog. ad leg.* 25. §. *ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis, numquam probationis solius. (2) Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem; & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere; confessumque stare suæ confessioni, *dict. leg. cum indebito*, 25. *in fin. de probat. dict. leg. generaliter*, 13. *Cod. de non num. pecun. l.* 11. §. 1. *de interrog. in jur. fac.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem numquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest, placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere propter metum falsi, *dict. leg. cum indebito*, 25. & *dict. leg. generaliter*, 13. Sed cautio & confessio pecuniæ obligationem inducit: contra vero

ad probationem sola nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, *leg. in contractibus*, 14. *princ. Codice de non num. pec.* Postremo exigimus, ut cautio emissa silentio biennii confirmata sit; non enim continuo, ut quis scripto confessus est se pecuniam mutuam accepisse, aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissa est, ne ad probationem quidem, ne dum obligationem valet, *leg. 3. l. 10. Cod. dict. tit.* At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, plane obligatur, *hoc text.* & passim *dict. tit. Cod. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitendi sunt prodita. Conditio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, *leg. 7. Cod. d. tit. l. ultim. Cod. de cond. ex leg. 2.* Querela seu denunciatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denunciatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l. 8. & seq. in contractibus*, 14. §. *ult. & auth. seq. C. de non numer. pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *leg. 3. l. 5. dict. l. 8. Cod. eodem*, quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in *leg. 10. Cod. eodem*; quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *leg. actor*, 23. *Cod. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad constit. reg. de chirogr. & cedul. artic.* 2. *num.* 18. Christin. *vol. 3. decis. 37. num. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. Cod. de non numer. pecun.* vel in factum detracta doli mentione, *leg. 9. Cod. eodem*; atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet Gomez. *2. resol. 6. num.* 3. quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *dict. decis. num.* 13. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium; omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. leg. 8. l. 14. Cod. dict. tit.* Hæc ergo obligatio recte dicitur litteris, seu ex litteris nasci, si quidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, necne; sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Plane veteres nullam litterarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *leg. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur*, 52. *de oblig. & action. l. 8. §. 1. de fidejuss. leg. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *leg. Cod. de non numer. pecun. & hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3. l. 11. §. de reb. cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter litteras seu scripturam emissam, recte dicatur litteris obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur: Donell. *ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pecun.* Gudelin. *lib. 2. de jure noviss. cap. 6.* Caveat autem quisque, ne temere inniciat chirographum suum ante numerationem confessam: nam mendacii convicto pœnam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit, *auth. contra qui, C. dict. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maxime spectat: eademque fere ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usus. l. ult pro suo, leg. 6. l. 3. C. de annal. except.*

6 *Quæ nominibus fieri dicebatur*) Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, præscribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap.* 14. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste Dionys. Halicarn. *leg.* 4. Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus, *in Verrin.* 3. scribit nomina in tabulis dici consuevisse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis præscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere; neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorumdam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto hujusmodi scripturam valuisse absolute ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus a D. Salm. in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianæis. VINN. Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat descriptio Caji *Inst. lib. 2. tom. 9. §. 12.* ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut a re in personam, aut a persona in personam.* Inde enim apparet, hanc obligationem novationis speciem fuisse, & recte eam definiri a Theophilo *hoc tit.* τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματισμὸν ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς, *Veteris nominis in novum creditum per solemnia verba & solemnes litteras transformatio.* Nimirum, si quis mihi ex locatione vel alia causa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI; simulque eadem inscribebat tabulis. Respondebat alter EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facto prior obligatio extinguebatur, & nova nascebatur, quæ ex litteris solis substantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio a re in personam. Unde facile intelligitur, quo pacto a persona in personam facta sit.

sit. Plura V. C. Ant. Schulting. *Jurisp. ante just. p.* 163. & nos in *Antiqu. Rom. hoc. tit.* §. 3. & 4. HEIN.

Hodie non sunt in usu) Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe, translato Constantinopolim imperio, consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis atque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφάς sed καυτίωνας appellavit: Latini *instrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 11.

Dum quis non potest, scriptura obligetur) Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *instr. quib. mod. toll. oblig. leg.* 6. §. 5. *de pign. act.* Atque hoc etiam expresse rescriptum est in specie debiti proposita, *l.* 8. *C. de non num. pecun.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, an non sic quidem audiendus erit? Accursius de quorumdam veterum sententia putat audiendum esse: quod & Bartholo & comm. DD. visum in *leg.* 3. & *l.* 14. *Cod. dict. tit.* Gomez. 2. *res l.* 6. *num.* 7. Mez. *de contr. tit. de mutuo*, *num.* 9. Baroni, Schneid. Bachov. Corvin. *in enchir. his*. D. Bronchorsto 2. *assert.* 22. Ant. Perez. *in d. tit. Cod. num.* 14. Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l.* 5. §. *ult. de dol. mal. exc.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l.* 3. *C. dict. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *dict. l.* §. *ult.* utique etiam post biennium competere debeat; etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l.* 6. *de off. præs.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *leg.* 10. *Cod. eodem*, ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex litteris, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum, seu cautam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem, nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex litteris nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ, ex quibus tamen obligationem litterarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera litterarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide facienda, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri, & consequenter expungenda esset hæc obligatio e catalogo verarum obligationum; cum vere debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habeat, *leg* 66. *l.* 112. *de reg. jur.* Loci juris in eamdem sententiam manifesti sunt. In *l. assev eratio*, 10. *Cod. de num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minime restringi potest. In *leg.* 8. *C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *leg.* 14. *princ. Cod. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt Harmen. *lib.* 2. *tit.* περὶ αἰτιῶν. *num.* 4. ὁ λέγων ὅτι ... γίγνεται ... ἀδικίας ἔχει δικαιολογίαν. Hoc amplius in *dict. leg.* 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum, cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, *leg. manifestæ*, 3. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua auctor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixa adversus invitum susceptæ probationes, *argum. leg.* 1. & *l.* 2. *dict. tit.* His accedit & textus in *leg. ult. Cod. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela, facta protestatione, *d. l.* 14. §. *ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, a quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem semper sequitur, *leg.* 2. §. & *generaliter*, 1. *de doli. mal. exc.* Plane si debitor dolose inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut eius tantum causa numerationem intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere nemo est qui ambigat. Donell. *ad leg.* 8. *C. de non numer. pecun.* Anton. Faber *C. suo eodem titul. defin.* 2. Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confessioni suæ litteris testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maxime

ux-

exceptionem non numeratæ pecuniæ, *leg.* 3. *Cod. dict. cit.* ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in *dict. leg.* 8. *l.* 9. *& dict. l.* 14. *Cod. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est Joann. Fab. *hic*, aliique nonnulli citati a Fachin. 2. *controv.* 18. eaque nunc neotericis fere probatur. Duar. *ad dict. tit. Cod. cap.* 4. Donell. *ad dict. leg.* 8. *num.* 21. *& seqq.* Fachin. *dict. loc.* Wesemb. *hic* Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 6. Tulden. *in comment. hic cap.* 3.

Cessante verborum obligatione) Si cautio intervenerit, & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l.* 9. *C. de non num. pec.* §. 2. *infr. de except.*

Ne ultra biennii metas) Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat a tempore emissæ cautionis, ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l.* 14. *Cod. de non numer. pecun.* junct. *l.* 2. *C. in quib. caus. in integr. rest. nec non est*, *l.* 1. *in fin. ex quib. caus. maj.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species receptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum, *l. ult. & auth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confesso, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, *dict. leg.* 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ a collatoribus solutionis prorsus non datur *d. l.* 14 §. 1.

Moribus nunc fere receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursii, Bartholi & aliorum, quos superius allegavimus. Anton. Fab. *Cod suo de non num. defi.* 1. Christin. *vol.* 3. *decis.* 37. Zang. *de exc. p.* 3. *c.* 11. *num.* 24. Grot. 3. *manuduct. cap.* 5. In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. Autum & Mornar. *in dict. leg.* 14. *Cod. de non numer. pecun.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert Groen. *de leg. abrog. ad rubr. Cod. dict. tit.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, Anton. Fab. *dict. tit. defin. ultim.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ; testibus Imbert. 1. *instit. forens.* 35. Rebuff. *ad const. reg. de chir. & credul. recogn. art.* 2. *num.* 28. *&* 68. Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. noviss. cap.* 6. *in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sane idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio, & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in *leg.* 3. *Cod. de non numer. pecun.* D. Joann. a Sande, *lib.* 3. *rer. judic. tit.* 2. *defin.* 1. D. Decher. *lib.* 1. *dissert.* 6. *num.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quom. in caus. merc. proced. num.* 9. Farin. *contr. jur. lib.* 2. *cap.* 86. quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *dict. vol.* 3. *decis.* 37. *num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. *dict. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii ἀπαγγελία ὑπὲρ χρέους *dict. l.* 3. *cap.* 5 Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Illud hic monere non extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio latis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur, agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptissare & naptissement* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contr. qui*, *Cod. de non numer. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat Rebuff. *ad proœm. constit. reg. gloss.* 5. *num.* 6. & post eum Christin. *dict. decis.* 37. *num.* 12. & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali, Merull. *dict. loc.* Vide circa hanc materiam Imbert. *lib.* 1. *instit. forens. cap.* 35. *& seq.* Rebuff. *ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. numer.* 44. *& seqq.* & Doctor. in *auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUS TERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l.* 1. §. 3. *de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, quæ singula singulis titulis explicabuntur. VINN. Quibus quatuor speciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus

cus contractus, qui cum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, singularis contractus naturam sortitus est a Zenone Imper. *leg. 1. C. de jur. emph.*

T E X T U S.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est; at nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis consensus declaretur?*
2 *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam quam obligationis verborum.*

NEque scriptura) Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam eæ, quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari possit quod actum est: non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *leg. 4. de fid. inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Cajo, *l. 2. de obl. & act.*

Neque præsentia) Ut in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut litteris contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est) Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationis præbet.

1 *Sed sufficit, &c. consentire*) Declaratur consensus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, litteræ, *l. 2. de pact. l. 4. pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, *leg. nutu, 21. de legat. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus inter consentientibus, præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsente, nec tamen aperte consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *l. 12. de evict.* Similia exempla habemus in *l. 6. §. 2. l. qui patitur, 18. de mand.*

Unde inter absentes quoque) Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo, *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam & nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodari, missa per eum pecunia, aut re. Similis collectio est in *leg. 1. princ. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo) (2) His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est; sed etiam in id omne, quo ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, *l. quidquid, 99. de verb. obl.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. l. Lucius, 24. depos. §. in bona, 30. infr. de act.* quamquam hoc loco & apud Cajum *d. leg. 2. de obl. & act.* videri potest per excellentiam quamdam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum, 28. de action.*

TITULUS VIGESIMUS QUARTUS.

DE EMPTIONE, ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19. Tit. 1. Cod. Lib. 4. Tit. 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
2. *Summa hujus tituli.*

EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maxime necessaria, teste Paulo, *leg. 1. hoc tit.* ubi scripsit, originem emendi vendendique a permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægre succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. *5. Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & οἷον ἐγγυητὴν, quasi sponsorem futuræ indulgentiæ. Emptio & venditio est contractus, quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. (2) Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus a quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, a quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus; ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudve semper sit emere, aliud vendere, aliud emptor, aliud venditor, *leg. 1. in fin. hoc tit. l. 1. princip. de rerum permut.* Nam quod dicitur in *leg. veteres, 18. & seq. de act. empt.* veteres in emptione, & venditione, sicut in locatione & con-

& conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis ad utrumque intelligendum, judicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Cannan. 7. *comm.* 6. Donell. *ad rub. Cod. hoc tit. n.* 4. Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem: quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est, ex iis, qui consensu fiant, qui non sit [illegible], bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent, quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, *dict. leg.* 1. §. 1. *sub fin. hoc tit.* (3) igitur circa hæc duo consensum in emptione versatur, circa pretium & mercem: illud ut venditori detur, hæc ut traditur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: unde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confuse. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

T E X T U S.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis & scriptura.

Emptio & venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac nec arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contractæ. Sed hæc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil a nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiant, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & penitentiæ locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est: is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

N O T Æ.

Simul atque de pretio convenerit) *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 1. §. 2. *de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l.* 7. *hoc tit. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit, ut intra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c.) Si privata sit scriptura, sufficit, instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut a scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: sin publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam sit a tabellione exceptum, partibus prælectum, atque ab ipsis approbatum fuerit, *d. l.* 17.

Qui recusat adimplere contractum) Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l.* 17. *d. vers.* Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *Cod. de resc. vend. l. l.* 1. & 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem?*
2 *Re certe vendita, diversam esse emptoris & venditoris præstationem, genere vendito, non item.*
3 *Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*
4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*
5 *Verius esse, venditorem prædicto casu præcise teneri tradere.*
6 *Hujus sententiæ potissimo fundamenta.*
7 *Respondetur ad argumenta pro centenaria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*
9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra? & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat?*
11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur?*
12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse; licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

(1) UT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec re tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data, *l.* 1. §. 1. *h. t. l.* 1. §. 1. *de rer. perm. l.* 8. *de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractuum a consumatione sive implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio: consumat rei traditio & pretii numeratio, qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito: ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. ff. & Cod. de action. empt.* Est vero præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat, neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem trans-

amplius æstimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod per quam absurdum est, atque incertissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum alioque tali conventione foret, ut modo & simplici consensu, ut alias sine scriptura, perficeretur: nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis in usu venit, ut in permutatione, transactione, donatione, quæ non excedit 500. solidos, &c. *l. contract.* 17. *C. de fid. instrum.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est (10). Etenim in scriptis non contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam, verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset, verum etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur, vel, quod idem valet, si ab initio placuerit, contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus nonnisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contract.* 17. Consentit Gloss. *hic.* Castr. *in d. l. contract.* 17. Sichard. *ib. n.* 3. Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste Ant. Fab. *C. suo, de testibus, defin.* 23. *& de fid. instr. de fin.* 14. quamquam dissentit Sich. *in d. l. contr.* 17. & nonnulli alii quos allegat. Et ut caussæ serviat, probare videtur D. Deker. *l.* 2. *diff.* 13. *n.* 3. At vero si quod sæpe fit, post contractum initum & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius quam in scripturis initus contractus dicetur. Sicuti nec recte quis dixerit testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam, ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, vid. [illegible] §. [illegible] *de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit ut de eo instrumentum conficeretur, ne si quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectus ad [illegible] rei memoriam describeretur. Quippe [illegible], si non appareat quod actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem [illegible] interveniri, cum actus talis sit, qui sine scriptura potest subsistere, *l.* 4. *de pign. l.* 4. *de fid. instr. l. cum res* 12. *C. de prob.* & ibi Bald. ut jure communi magis, quam speciali contrahentes uti videantur. *l. Imperator* [illegible] *ad* [illegible] *l.* 14. *de* [illegible] DD. comm. *in d. l. contract.*

17. *C. de fid. instr.* Christ. *vol.* 3. *dec.* 29. *n.* 15. *& seq.* Anto. Fachin. [illegible] 197.

Nisi & instrumenta emptionis) (11) Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse: modo ne quod scriptum est pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur, cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, nec vires ullas habet, quam si a notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & dict. leg. contractus,* 16. De requisitis instrumenti publici, & quæ de morte inferi solent, vide Covarruv. *pract. quæst.* 20. VVesembec. *part. de fide instr.* Athus. *lib.* 3. *cap.* 42. *num.* 13. *& seqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid desit, pœnitentiæ locus est) Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihildum actum intelligitur, qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri a negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrhatum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse, sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus,* 17. *C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit) (12) Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contractus* 17. Id elucet clarius verb. *super facienda emptione.* Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus est, qui emere paratus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ votum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respondeo: Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere; cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *dict. leg. contractus,* 17. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid, ut est in hoc textu, neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scripto. Neque enim statim inter partes de pretio convenit accessionum quoque & finium definitio,

sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit: ne quis alius facile prævertat: nec venditori liceat impune recedere. (13) Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi a negotio sine communi consensu non posse: cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renunciare invito adversario non licere? *l. 5. Cod. de obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *leg. ab emptione, 58. de pact. l. 1. & 2. Cod. quando lic. ab empt. disc.* usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l. 3. C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc textt. & l. quod sæpe 35. eod.* Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque Interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renunciare videtur, per *l. & habet, 15. §. 3. de precar. l. ult. Cod. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. legg. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum fit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *leg. 4. §. si ex conventione, 4. de re judic. leg. prædia, 28. de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto: ac proinde nova cautione arrharum non debet videri a priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant Joann. Fab. *hic*, Cyn. & Bart. *in d. leg. contractus*, 17. certius confirmant Oldendorp. *class. 4. act. 2.* Wesemb. *par. num. 9.* Don. *ad dict. leg. contractus, 17. n. 12. & seqq.* Diod. Tulden. *ad tit. Cod. quand. lic. ab empt. disc. n. 2.* Christin. *vol. 3. decis. 70. n. 6.* & consuetudine receptam testatur Bulius ad *l. 35. in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus, 17. n. 12.*

Qui recusat adimplere contractum) id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *perficere*; ut contra *perficere contract.*, dixit pro *implere*, *d. l. contr. 17 circa medium*. Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Si autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.*

NOTÆ.

1. *Nulla emptio sine pretio*) *Leg. 5. §. 1. hoc tit.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cum dicis causa & εἰρωνικῶς res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit *l. 46. locat. leg. 3. l. 9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Emptionis substantiam ex pretio consistere, & quid inde?*
2. *Pretium certum constitui oportere, quando id constitutum intelligatur?*
3. *Emptionem non contrahi, eum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permissa est; secus si arbitrio certæ personæ.*
4. *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti a partibus eligendi constituent?*
5. *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6. *Explicatur* l. in lege 24. in princ. locat. *& alia quædam observatu digna notantur.*

QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur, *l. 8. hoc tit.* (1) ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait *emptionis substantiam consistere ex pretio*. Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione, 36. l. si quis 38. eod.* aut cum dicis causa prætextu pretii quæsito, res venditur uno nummo, *leg. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda 55. d. l. si quis 38. hoc tit. leg. imaginariæ, 16. de reg. jur.* Plane si non id actum sit, ut totum pretium condonetur sed res viliore pretio, licet donationis causa vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem. *d. l. 38.* in pretio duo desiderantur,

unum, ut id certum ſit; alterum, ut conſtituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de poſteriore & ſeq.

(2) *Certum eſſe pretium debet*) Quandium pretium incertum atque indefinitum eſt, emptio imperfecta cenſetur, nec ulla naſcitur obligatio. Itaque ſi emere volenti venditor ſic dicat: *Habebis rem emptam, quanti poſtea æſtimabitur*, nihil adhuc autem intelligitur. Enimvero ſi traditio ſecuta ſit, volunt DD. commun. inde reſultare contractum innominatum; quam ſententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Buſ. *in l.* 1. *de rer. permut.* contra Pinel. *part.* 2. *rub. de reſcind. vend.* Gomez. 2. *reſ.* 2. *n.* 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel ſimpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo conſtat per relationem ad rem certam; veluti ſi ita dicat venditor; *quanti tu emiſti, quantum preti in arca habeo*. Nam licet hic pretium in præſentia occultum ſit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipſa & in veritate certum definitumque eſt, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Juſtinianus: *Quæ per rerum naturam certa ſunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint*, §. *penult. ſup. de verbor. obligat.* Quid ergo ſi venditor ſic dixerit: *Res tibi erit empta juſto pretio, aut eo pretio, quod juſtum declarabitur?* Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & juſti pretii modus incertus eſt: quippe quod conſtitui non poteſt niſi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita poſt DD. commun. Pinell. *d. p.* 2. *n.* 19. *& ſeq.* Gomez. *dict. loc. num.* 9. Surd. *deciſ. Mant.* 82. *num.* 14. Fach. 2. *controv.* 1. Aſſentior autem Surdo *dict. deciſ. in fin.* & D. Tuldeno *comment. hic*, *c.* 4. qui venditionem juſto pretio factam valere exiſtimant in iis mercibus, quibus publice pretium conſtitutum eſt, ut ſæpe panis, vini, frumenti, carnium, aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magiſtratus definit. Hoc enim caſu partes per juſtum pretium non aliud, quam illud ipſum, quod publice determinatum eſt, intellexiſſe videri poſſunt. Conſtat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum eſt. Et hic infert Gomez. *dict. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & ſimilium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

(3) ***Inter veteres dubitabatur***) Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quaſi res omnis in arbitrium boni viri rejecta cenſeri deberet, nec incertum videri, cujus definitio pendeat a tali arbitrio; quod uno & perpetuo tenore conſiſtit. Alii id negavere, hoc forte argumento niſi quod pretia rerum æſtimatione communi, non ex affectu ſingulorum, funguntur, *leg. pretia* 63. *ad leg. Falc.* Fuere denique, qui diſtinguendum exiſtimabant, utrum electum eſſet arbitrium boni viri ſimpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ perſonæ. Hanc quæſtionem Juſtinianus *hoc* §. *& l. ult. C. eod.* ita deciſit, ut ſi definitio pretii collata ſit in arbitrium certæ perſonæ, puta hoc modo: *fundus ille tibi emptus eſt, quanti Titius æſtimaverit*, hac conditione ſtaret emptio, ſi perſona nominata pretium definiret. Quod ſi ille, qui nominatus eſt, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla ſit, quaſi nullo pretio conſtituto. Illud autem ſemper conſtitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii fruſtra conferri, *leg.* *quod ſæpe* 35. §. 1. *hoc tit.* ne ſcilicet in poteſtate ementis aut vendentis ſit, utrum debeant, an non debeant, *l.* 7. *in pr. eod. l.* 13. *C. eod. l.* 2. §. 3. *quod cert. loc.* Pinell. *dict. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Gomez *de reſ. cap.* 2. *num.* 19.

Quanti ille æſtimaverit) Arbitrator ſcilicet nominatim electus nam ſi pretium alieno arbitrio generaliter permiſſum ſit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l. ſi merces* 25. *princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus eſt, quanti alii æſtimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam perſonam, *argum. d. l. ult. C. hoc*, Pinell. *d. l. num.* 5. Quid vero ſi emptio facta proponatur eo pretio, quantum conſtituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter a venditore? Conſequens eſt ſuperioribus, ut dicamus; emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa perſona deſignatur, adeoque eadem hic incertitudo eſt, quam habet deſignatio juſti pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc ſic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, vel neutri improbaretur, aut ut quiſque eligeret unum, qui pretium ſtatueret, aut juſti pretii modum. Quin fieri etiam poteſt, ut ipſi contrahentes circa electionem peritorum diſſentiant: neque enim hæc peritia certum uſque habet tenorem; obſtat *lex* 16. §. *ult. de pignor.* (4) nam ibi negotium ſubſiſtit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. n.* 6. contra Fachinæum 2. *controver.* 1. & ſententiam communem diſputat Dom. Tuldenus *comm. hic cap.* 5. Communis tamen ſententia in foro obtinet, ac conſuetudine hujus ſæculi potiſſimum inter mercatores viget. D. Paul. Buſ. *in l.* 1. *n.* 8. *de rer. perm.*

(5) *Omnino ſecundum ejus æſtimationem*) Hoc idem expreſſum eſt in ipſa conſtitutione Juſtiniani *l. ult. Cod. hoc tit.* Ergo etiamſi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æſtimaverit, quam valet, dicendum eſt, valere contractum. Sane ſi arbitrium Titii tam pravum eſt, ut manifeſta ejus iniquitas appareat, conſentiens fere omnium opinio eſt, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi poſſe. Quod ſic accipiendum eſt, corrigi poſſe, non remedio aliquo reſtitutorio, ſed officio judicis, quod actioni bonæ fidei ſubſervit, exemplo ſocietatis. Ut enim ſi partibus ſocietatis definiendi arbiter electus partes manifeſte iniquas conſtituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur, inſtituta actione pro ſocio, *l. in propoſ.* 78. *& ſeq. pro ſoc.* ita quoque ſi pretio declarando ſumptus in contractu emptionis, aperte iniquum, & nimis magnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex oſtenſa iniquitate ex officio id moderari, propter clauſulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic & in dict. l. ult. C. eod* Quæ ſententia cum ſit æquitati plane conſentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Juſtinianus, omnimodo ſecundum æſtimationem arbitratoris pretium ſolvendum eſſe, ut ſcilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifeſta iniquitate, etiamſi ea dimidiam juſti pretii non excedat. nam ad eam, quæ excedit, reſcindendam ſpeciale remedium competit, *l.* 2. *C. de reſc. vend.* Inter quæ hoc intereſt, quod officium judicis locum non habet, niſi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam juxta factam æſtimationem res tradita ſit & pretium ſolutum, officio judicis corrigi iniquitas non poteſt. Quod ſi ultra dimidiam juſti pretii alteruter læſus ſit, hic locus eſt remedio reſciſſorio *d. l.* 2. *Cod. de reſc. vend.* add. Bachov. *comm. hic*, & D. Thuld. *c.* 9.

Pro

Pro nihilo esse conditionem) igitur in proposito non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum a persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis 43. de verbor. obligat.* Neque his obstat, quod scriptum est, *l. in lege 24. princ. locat.* (6) si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam illic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius e contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrii, *l. 7. princ. hoc tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *leg. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum in boni viri arbitrium collatum intelligatur, & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur, semper utile sit, *leg. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. Cod. comm. de legat.*

Et in libertationibus) *d. l. ult. Cod. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in *l. merces 25. princ. loc.* applaxit Tribonianus.

T E X T U S.

In quibus pretium consistat? Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus, an pretium esse posset, valde quærebatur, veluti an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit? Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Archivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus his verbis:*

(Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέσταν οἶνον ἄγουσαι,)
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc est.

Avecta e Lemmo tunc vina fuere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diversæ scholæ auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioquin non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretii nomine data esset: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prævaluit, & cum alis Homericis versibus adjuvatur, & validioribus rationibus argumentatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

N O T Æ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*) Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο) Atqui hunc versum non habent editiones pleræque, ac ne accuratissima quidem ubi versus incipiunt a verbis: ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο, κ. τ. λ. additurque, *græca hæc esse quæ non leguntur*. Sed nec Theophilus hunc versum agnoscit, Paulus *l. 1. §. 1. ff. de contr. empt.* HEIN.

Anteriores D. Principes) Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa dispositionis Pauli in* l. 1. hoc tit.
2 *Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem plane diversam esse?*
6 *Defenditur Sabini & Cassii sententia.*

(1) Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est, cœperuntque homines res sibi necessarias comparare, pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato; quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam a permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci*.

(2) *In numerata pecunia*) Alterum, quod in pretio desideratur, est, ut illud consistat in numeris seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rerum permut. l. 9. Cod. hoc tit. l. pen. C. d. rer. perm.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest, contractu non mutato, *l. 9. Cod. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contra-

ctuum initium, non exitum, spectamus, *l.* 1. §. *idem Pomponius* 13. *depos.*

(3) *Sabinus & Cassius etiam in alia re*) Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento, si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Aliam emptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib.* 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζεσθαι, quod est τὸ οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poetæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* subministrat ex libro 1. *odyss. circa fin.*

Τὴν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emerat possessionibus suis.* Nerva vero & Proculus contra disputarunt, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis a permutatione multum differre: quibus etiam cæteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum οἰνίζεσθαι esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potius quam ad emptionem referendum: quod etiam Palus notat *d. l.* 1. *hoc tit.* Illa quidem.

πρίατο κτεάτεσσιν,

Sabini opinionem magis juvant; nam verbum πρίασθαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpretare, *emit possessionibus, aut facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio ἐπί: quoniam mox subjicit Poeta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad approbandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum Poetæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum, & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, improprie loqui credendus est, cum dicit, Græcos *vinum emptitasse coriis boum*, &c. Illud ex antiquis historiis, atque ex ipsa historia Moysis *Genes. c.* 23. & *c.* 42. *cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 7. *c.* 56. (4) scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Moysis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phidon Eleus, quem Homero longe recentior fuisse testatur. Strabo *lib.* 8.

Diversæ scholæ auctores contra) Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus a permutatione. Sic vero illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium, & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Ratione autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse, & pretii nomine datam, *l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l.* 1. *de rer. permut.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l.* 1. *de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ad evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem *d. l.* 1. *pr. junct.* §. 3. *n.* 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejusd. l.* congruit *l.* 3. *C. eod.* Sed utrumque hoc est a civili jure Romanor.

Aliis Homericis versibus) Puto eos versus significari, quos Paul. *l.* 1. §. 1. *h. t.* citat ex *lib.* 16. *Iliad.* ubi Poeta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. (5) Quo loco utitur verbo ἀμείβω quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus) Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciose disputantur. (6) Cæterum sit, quod res est, fateri & libere philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium a merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum, rude pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod e Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium quo vinum comparabant, es, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Dydimus in Homer. οἰνίζοντο οἱ ἀγοράζοντο. Laertes emptor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοιον, hunc ἐννεάβοια habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & em-

& emptionis nomine appellandam, cui hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν, ὤνιον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀντιδόσει detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione plane diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis proprie ἀμοιβή, Gallis troc, Batavis rupling, appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minime conveniunt. Fusius in hanc sententiam disserit doctiss. Salmas. *lib. de usur. cap.* 13. & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini. VINN. speciosa hæc magis quam solida. In permutatione adfectio magis regnabat: in emptione ad justam æstimationem respicitur. Nimirum antequam nummus inventus esset, nullius rei certa erat æstimatio, deficiente quippe mensura communi, quæ omnium rerum quantitas moralis æstimaretur. Permutabant itaque homines res necessarias, non quasi ejusdem pretii essent, sed quod par in utrasque caderet affectio. Et hujusmodi permutationem vel ἀμοιβὴν recte Proculus emptionem venditionem dici posse negabat, cum hic nullum esset verum pretium, nulla rei æstimatio. Ast semel constituto pretio eminente, id est, nummo, etiam permutatio ita fieri potest, ut res permutandæ prius certo pretio æstimentur, & tunc res pro pretio veluti in solutum dentur, e. gr. Si mercator unus piper suum æstimet mille aureis, & alter in hoc pretium consentiat, hi porro vini quantitatem eodem pretio æstimet, & alter in illud consentiat, facta sane permutatione harum mercium dici potest, emptionem venditionem mutuam factam, & utrumque merces pro pecunia in solutum dedisse. Sed de hujusmodi permutatione non disputarunt Proculus & Sabinus. HEIN.

TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus, simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur,) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longe minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia sane qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuriæ actione.*

NOTÆ.

3. *Cum sine scriptura*) Et pure: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit; & ideo interim periculum venditorem respicit; *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & commod. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio, vini, olei, &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. hoc tit.*

Periculum rei venditæ) Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere; nam genus perire non potest, *leg. 11. Cod. si cert. pet.*

Emptori tradita non sit) Dummodo culpa aut mora venditori non intercesserit, *l. 23. l. 91. §. de verb. oblig.*

Sine dolo & culpa) Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat *l. 5. §. commod.*

Damni injuriæ) Ex lege Aquilia, v. *infr. lib. 2. tit. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum?*
3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4 *Quid si res vendita, quæ pondere, numero, mensura constet?*
5 *Quid si vinum, quod venit, degustatum sit, nondum admensum?*
6 *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit?*
7 *Auctoritas & rationes, quibus evincitur rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur* l. 33. locat.
9. *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli Quinti* 1529.
10 *Venditorem levis duntaxat culpæ, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11 *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed a venditore ei præstandæ?*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis t. in, ff. & Cod. explicari meruit. (1) Summa juris de hac specie constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contigit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. &* com-

commod. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. Cod. eod. l. quod sæpe, 35. §. in his, 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resp. vend. cum similibus & hoc text. Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. (2) Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim & perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus rite confecto; tunc enim obligatio constituta est, a qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *princip. hujus titul.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *leg. 7. leg. si quis, 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi pure res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio extiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet, ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei vend.* facit *leg. 10. eod. l. 5. Cod. eod.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *leg. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam, 17. §. 1. 2. ver. de præscript. verb. l. 12. cum 2. leg. seqq. de peric. & commod. l. 1. Cod. de commod. l. 9. Cod. de pign. action.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maxime levissimam; non etiam casum improvisum, *leg. 13. §. 1. de ...caus. l. qui mercedem, 40. locat. leg. non solum, 25. præsc. l. 14. §. qualis, 16. de furt. l. 1. §. sæpe, 35. dep. s. l. 3. princ. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l. unic. §. quod si, 4. furt. adv. naut. caup. l. tutores, 39. §. tutores, 12. & l. seq. de adm. tut. dict. l. 1. §. sæpe, 35. depos.* (4) In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, mensura, constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, utique ratione periculi, quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *leg. quod sæpe, 35. §. in his, 5. hoc tit. l. 2. Cod. de peric. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. & commod. dict. l. 2. Cod. eod.* (5) Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? non poterit verum esse, quod dici solet, plenissime videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *dict. leg. dict. peric. & commod.* Id enim tunc recte dicitur, cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam caussam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si emptione, 34. §. alia causa, 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quam substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Plane si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum forte acida, aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, *leg. si vina, 15. de peric. & commod.* vid. Gloss. & DD. *in d. l. quod sæpe, 35. §. 4. & 5. hoc tit. ad l. 1. & l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. 2. *variar. resol. cap. 1. n. 32.* Afflict. *decis. 280. n. 4. & decis. 399.* Anton. Capec. *dec. Neap. 14.* eleganter Anton. Fab. *Cod. suo de peric. & commod. rei vend. defin. 1.* Christin. *vol. 3. decis. 74.* (6) Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat, & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem; *leg. 1. l. 10. de pec. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *leg. contractus, 23. de regul. jur.* Præterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit, non sequimur, si res perierit, aut deterior facta sit culpa venditoris: sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, *leg. 5. §. 2. commod. dict. leg. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *leg. 12. junct. leg. 14. in princ. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *leg. 4. leg. ult. Cod. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *leg. illud, 17. dict. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *leg. 5. de reb. cred. leg. si ex legatis, 23. leg. si servum, 91. §. 3. de verb. obligat.*

(7) *Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet.* Hoc constanter a veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *leg. 10. §. 1. leg. 11. de peric. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem, 4. de in diem addict. l. si ea res, 31. de act. empt. l. ult. de cond. caus. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane, 9. & seq. quod vi aut clam. l. si luturus, 39. de solut.* efficitque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pig. act.* immo in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *leg. 5. §. 2. commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine cul-

culpa eorum perierit, *leg. si ex legati*, 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. (9) Objicitur tamen huic sententiæ *l.* 9. *C. de pign. act.* ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius in detrimentum sit, debitorisne, an creditoris? respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *h. t.* §. *in fin.* Respondeo, male ex *d. leg.* 9. generaliter colligitur, rem semper perire suo domino; sed hoc recte, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet: uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his, inquam, omnibus recte dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *leg.* 5. *de reb. cred. l.* 23. *de verbor. obligat.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam, quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit, debitori non perit, quamvis idem sit dominus *dd. loc.* Unus locus Africani in *leg. si fundus*, 33. *de locat.* turbavit summos viros, Cujacius *tract.* 8. *ad African.* Borcholt. Vultejum *hic*, ut contra tot expressos textus & manifestam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res proprie non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *l. g.* 14. *princ. de furt.* & *in calce hujus.* §. Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *dict. leg. si fundus*, 33. culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit.* utique uti pretium restituat *dict. leg. si fundus*, 42. Recte autem Doctores statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori obesse, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *leg. si peric.* 51. *de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet: si quid pluris emptoris intersit, ut fit, cum res judicio evicta est, *leg. si in venditione*, 60. *leg. evict.* 70. *de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu a fisco iterum tantundem accipiat. VINN. Sed nihil horum in textu *leg.* 33. *ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum ait, nec usus publici causa. Rectius crediderís fundum nullo venditoris merito, sola belli injuria publicatum, qualia exempla sunt apud Virgil. *Eclog.* 1. nec non in *leg.* 11. *ff. de evict.* & *leg.* 15. *de rei vind.* Hoc casu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio est, cur injuria venditori facta ejus personam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit Vir Claris. Gerard. Noodt. *Comment. ad Pandect. lib.* 18. *tit.* 6. *pag.* 416. *seq. Tom.* 21. *Op.* HEIN. (9) Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci rite factam periculum æque ad emptorem spectet, dubitatur propter Constitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita: aut si sint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grotius 2. *introduct. cap.* 6. paucis casibus exceptis, vide Groenevv. *de leg. abrog. ad tit.* 23. *lib.* 3. *Institut.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc a jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland.* 32. Groen. *dict. tract. ad hunc* §. memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo, de quo quæritur, per dictam constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *leg.* 10. *de regula juris*; proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *leg. l. de peric.* & *commod. rei vend. leg.* 1. *Cod. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *h. t. text.* & *dict. leg.* 7. item fœtus pecudum, partus ancillarum, *leg. penult. Cod. de act. empt. leg.* 8. *de evict.* fructus etiam jam maturi, *leg.* 13. §. *si fructibus.* 12. *leg. qui pendentem*, 25. *de action. empt. leg. fructus*, 13. *Cod. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis; pensiones ex locatione, *dict. leg.* 13. §. *item*, 13. *de action. empt.* add. Don. *ad leg.* 1. *Cod. de peric.* & *commod. rei vend.* Gomez. 2. *resol.* V. *num.* 11. Covarr. 1. *resol.* 15. & Christ. *vol.* 3. *decis.* 72.

Quod si fugerit homo, &c.) Non tantum si res vendita perierit, aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit, veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod venierit, aut res quilibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *leg. quod sæpe*, 35. §. *si res*, 4. *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de action. empt.* & *hoc text.*

(10) *In custodiam ejus usque ad traditionem*) In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas,

cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *leg.* 2. §. 2. *commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia a venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit.* Non obstat *lex* 2. *in fin. aut leg.* 3 *de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l.* 1 §. 1. *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 5. Fusius hoc jam ante explicavi. At enimvero speciali conventione arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l. contractus*, 23. *de regul. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cum, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra ullam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus [illegible], custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *arg. leg. qui mercedem* 40. *locat.*

(1) *Si non susceperit, securus est*.) Suscepta rei venditæ custodia, nihil venditorem excusat præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 4 *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de act. empt.* Intellige hactenus, ut cum eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

Utique tamen vendicationem &c.) Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit: ut rem tradat, aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. leg. quod sæpe*, 35. §. 4. *hoc tit. l. si ea res*, 31. *de act. empt. l.* 14. *pr. l. si venditor*, 80. *de furt. & hoc tit.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vendicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem.) Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus *inf.* §. 1. *de action. & §. ultim. de oblig. quæ ex del.* Et hæc causa est quod emptori in proposito competere non possunt, quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc ipse dominus est.) Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l.* 14. *princ. de furt. leg. si ager*, 59. *de rei vind.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *leg.* 20. *C. de pact.* Quinimmo etsi res emptori tradita sit, dominium tamen a venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *leg. quod vendidi*, 19. *de contr. empt.* §. 1. *hoc tit.*, §. *venditæ*, 41. *supr. de rer. divis.* ubi hoc a nobis explicatum est.

Item et furti & damni injuriæ actionem.) Non solum condictio re [illegible] ante traditionem furto ablata, venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur, sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat eam quoque mandare emptori debet, *d. l.* 14. *princ. leg. si vend.* 80. *de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *infr. lib.* 4. *tit.* 3.

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quam pure contrahi potest. Sub conditione, veluti,* Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTÆ.

4. *Tam sub conditione*.) *Leg.* 7. *hoc tit. leg.* 9. *de peric. & commod. &c.* Potest & pure sic contrahi, ut sub conditione resolvatur, *leg.* 3. *eodem leg.* 5. *Cod. de rescind. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maxime celebratæ, quarum altera addictio in diem, altera lex commissoria dicitur, *vid. tit. de diem addict. & tit. de leg. commiss.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinite ita contractam, si emptori placebit: & cur tam varie?*
2 *De retractatu conventionali & legitimo remissive.*
3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transigantur.*

CONtractuum omnium hoc commune est, ut non pure tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enimvero hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non temere in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita venit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est, sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: si minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *leg. quod sæpe*, 5 *hoc tit. leg.* 13. *Cod. eodem*; (1) ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *leg.* 7. *hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti*

ti voles, *Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *dict. leg. quod sæpe*, 35. §. 1. *& d. l. leg.* 13. In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de re in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti possunt, Gomez. 2. *var. resolut.* 2. *num.* 19. Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & pure sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur; cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. Cod. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *leg.* 3. *hoc tit. leg.* 6. *Cod. de rescind. vend. l.* 4. *Cod. de ædil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus a voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *leg. quod si nolit*, 31. §. *si quid*, 22. *de ædil. edict.* Gomez. *dict. loc. & num. in fin.* (2) Ejusdem generis est pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referendi res vendita restituatur, *leg.* 2. *Cod. de pact. inter emptor. & venditor*, & ibi Doctor. Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum nostro idiomate *Naesting* dicitur, quod jus, quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduct. ad jurispr. Bat. cap.* 16. confule porro Groenevv. *de leg. abrog. leg.* 14. *Cod. de contr. empt. & ibi laudatos*. Duæ conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur tit. *n.* addictio in diem, & lex commissoria. (3) Addictio in diem his verbis transigitur: *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat*, *leg.* 1. *& passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *leg.* 2. *& pass. de leg. comm.* Utroque isto modo pure contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud diserte placuerit, veluti, si in addictione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis est *leg.* 2. *de in diem add. l.* 1. *& l.* 2. *de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

T E X T U S.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

5. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam,) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quarum rerum venditio recte fiat, aut secus?*
2 *Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l.* 8. *hoc tit.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnumquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *dict. l.* 8. *l. fistulas*, 78. §. *ult. eod.* cui non absimilis est qualis aleæ emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi de pelo pluris sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *dict. l.* 9. §. 1. *hoc tit. l. si fistulam* 12. *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *leg. si in emptione*, 34. §. 1. *hoc tit.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *leg. cum manum.* 80. §. *ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat, quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis recte deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, §. 2. *supr. de inut. stip.*

(2) *Frustra quis sciens emit*) Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ veniit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l.* 6. *l. si in emptione* 34. §. 2. *l. liberi*, 70. *hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata est, *cum servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt, tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *dict. l.* 34. §. 2. vid. *sub. dict* §. 2. *de inut. stipul.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartholus in *leg. cum lex*, 46. *de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l.* 11. §. *ultim. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *resol. n.* 50. contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *leg. domum*, 57. *per tot. hoc tit.*

Deceptus a venditore, &c.) Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi*, 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *leg. qui officii*, 62. §. 1. *eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque feci-

fecillet, quominus eam tradere possit; neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto: quippe quia cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *leg.* 1. *l.* 11. §. *item ait*, 9. *de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hactenus saltem eum teneri ut pretium, quod accepit, restituat, *arg. d. l.* 11 §. *ult. de act. empt. l. si fundus*, 33. *locat.*

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 65. *& Lib.* 11. *Tit.* 70.

Continuatio. Quid sit locatio? In quibus differat ab emptione? Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

SEcunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione, ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse soleat, locatio temporalis. Quinimmo non dominium modo apud locatorem remanet, *leg. non solet*, 36. *hoc tit.* verum etiam possessio, & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. *infr. de interd. l.* 9. *de rei vind. l.* 3. §. *cæterum*, 12. *l.* 9. *de acquir. possess.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tantum in valorem rei alienæ condemnetur, & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad pretium ejusdem rei æstimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, §. 1. & *penult. supr. de usu & habit.* servitutis tamen prædii nulla locatio est, *l. locare*, 44. *hoc tit.* [illegible] quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator teneatur in id, quod interest, si dominus [illegible] non patiatur, *l.* 7. *l. ex conducto* [illegible]. Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea [illegible], quæ mercede æstimari possunt, qualia sunt, [illegible] causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *leg.* 5. §. 1. *de præscr. verbor.* At vero [illegible] servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur: ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l.* 5. §. 2. cui [illegible], quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *leg. rogasti*, 10. §. 1. *de præscript. verbor.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, *leg.* 1. *si mens. fals. dix.* De opera advocati, medici cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

T E X T U S.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

COMMENTARIUS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio* l. pen. C. hoc tit. *in praxi hodierna servetur.*

(1) LOcatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *leg.* 2. *hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *leg. si quis*, 46. *hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiritur, nec dubitandum est, quin beneficio *l.* 2. *C. de resc. vend.* etiam locus sit in locatione & conductione DD. comm. *in dict. leg.* 2. Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur.

Si merces constituta sit) Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut litteræ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *leg.* 1. *hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur, æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, mer-

merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. quod si*, 28. §. 2. *l. ea lege*, 51. §. 1. *l. insulam*, 58. *princ. hoc tit. l. ult. de leg. Rhod. l.* 10. *in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, *ex conducto*, 15. §. 4. *li sed addes*, 19. §. 1 §. *si quis*, *l. quæro*, 54. *hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam interius sub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti) Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus; in locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. (2) At in locatione operum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præstantur operæ, & cui mercedem dat, conductor, *l. sed addes*, 19. §. *pen. l. item si*, 22. §. 2. *l. qui operas*, 38. *h. t. l.* 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l.* 11. §. *pen. l.* 13. §. 1. 2. *& 3. d. l. sed addes*, 19. §. *si quis*, 7. *d. l. item si*, 12. §. 2. *l. si merces*, 25. *& pen. & pass. hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eumdem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum, & conductor operis idem sit operæ locator, & locator operis idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat *d. l. item, si*, 22. §. 2. *h. t. & d. l.* 1. *de æstim. act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quisve conductor sit, ex eo judicandum, a quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur, vid. *l.* 19. §. 9. junct. *l.* 22 *ff. h. t.* Cujac. *observ. lib.* 2. *c.* 28. (3) Si ne sic quidem res ad liquidum perduci potest, actione præscriptis verbis experiendum *l.* 1. §. 1. *ff. de præscr. verb.* HEIN. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ullo colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno 1515. confirmata *art.* 30. *ord. polit.* Præterea scribit D. Grotius *lib.* 3. *manuduct. ad Jurisp. Bat. c.* 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam mulctari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi in dominis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art.* 33. *de ord. polit.* continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse asseric Groenevv. *de leg. abrog. ad leg. penult.* §. *de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut mulctari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinet, atque in jus vocati rem domino petenti ante sententiam definitivam non restituunt: cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasore præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri dumtaxat ad damna & interesse, notat Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *n.* 2. *& decis.* 118. *num.* 5. *& seqq.* & Autumn. *ad dict. leg. penult. Cod. de locat.* quamvis insuper etiam Judicis arbitrio mulctari possit.

T E X T U S.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori facienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

N O T Æ.

1. *Fulloni polienda*) Gloss. vet. λαχμιστὴ, κναπτεία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, *l.* 3. *hoc tit. l.* 48. §. 4. *l.* 82. *de furt. l.* 2. *de cond. sin. caus. Plin.* 37. *c.* 17.

Non proprie locatio) Sed novum negotium a locatione separatum proprium nomen non habens, & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *leg.* 1. *l.* 2. *& 3. junct. leg.* 22. *de præscr. verbor.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta?*

SI *alieno arbitrio pretium*) Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces*, 25. *pr. hoc tit. l. ult. Cod. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notavimus sub §. 1. *præc. tit.*

Nulla statim mercede constituta) Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente

parte

parte mutus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus. *Facio ut des*. Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi*, 22. *de præscr. verb.* §. 2. *in fin. supr. quib. mod. re contr. obl.* *g.* §. *ult. inst. de mand.*

(1 *Actio præscriptis verbis*) Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l.* 1. *& 3. seqq. de præscr. verb.* Dicta est actio præscriptis verbis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis, rem gestam demonstret, & eadem demonstrationis vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest etsi rescripto Alexandri, quod est in *l.* 6. *C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventionis subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eamdem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l.* 1. *& pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione præscriptis verbis in factum, *l. Titius*, 24. *dict. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est. VINN. Contractus nominati habebant certum nomen, certamque causam. Unde non opus erat, ex iis actoris, factum, quod inter contrahentes intercesserat, prolixe enarrare: sed sufficiebat, modo genus contractus nominaretur: ex. gr. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE*. Prætori enim jam notum erat, quale illud factum sit, quod inter creditorem & debitorem intercedere soleat. At in contractibus innominatis factum erat enarrandum, ex. gr. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE*. Hinc dicitur actio incerta, *l.* 6. *C. de rer. permut.* incerti, *l.* 7 §. 2. *ff. de pact.* in factum, *l.* 13. §. 1. *l.* 22. *fin. ff. de præscr. verb.* & quia formulæ hujusmodi actionum a Max. præscribi solebant, præscriptis verbis. Vid. Val. JCtis *lib.* 7. *c.* 2. *& antiq. nostras Rom. lib.* 4. *tit.* 6. §. 2. HEIN.

TEXTUS.

In quibus rebus merces consistat?

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam, sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem a te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit, neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio, quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. *Placuerit inter eos*) Et unus a sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit; nam si conventio placiti tantum fine fieri, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l.* 7. §. 2. *& 4. de pact. l.* 27. *C. de locat. l.* 5. *C. de rer. perm.*

Præscriptis verbis agendum) *d. l.* 17. §. 3. *de prescr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. *l.* 5. *d. tit.* *Do, ut des*: *Do ut facias*: *Facio, ut des*; *Facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIUS.

1. *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*
2. *Ad* l. si olei 21. C. hoc tit.

Etiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem esse, quia pretium non intervenit; nec esse conductionem, quia non intercedit merces, *leg. si convenerit* 23. *comm. divid. l. si gratuitam*, 17. §. 3. *de præscr. verb.* Atque omnimodo credibile est, ob eamdem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo, atque eadem plane utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est quam pretium, eoque nomine etiam frequenter a nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit*, 25. *comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l.* 1. §. *si quis* 9. *depos.* negat, locationem esse ubi pecunia non datur, in *l.* 5. §. 2. *de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc, *l. si merces*, 22. §. *vis major*, 6. *hoc tit.* junct. *l. si opes*. 26. §. 1. *de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si*, 28. §. 2. *l. si quis*, 46. *l. si decem*, 52. *l. insulam*, 58. *& pass. hoc tit. l.* 1. *in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l.* 7. §. 3. *de SC. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam

etiam a contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Coralium *lib. 2. miscellan.* 11. Pinell. *ad leg. 2. Cod. de resc. vendit. part. 2. rubr. cap. 3. n. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si olei*, 21. *Cod. hoc titul.* (2) Sed dupliciter responderi potest; primum cum Saliceto proponi in *dict. l. 21.* casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium a natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tamquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii, incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum dominio fundi habent, *l. si merces*, 25. §. *vis major*, 6. *hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes*, 19. §. 3. *l. hæc* 35. *in fin. h. t.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei*, 21. pertinere. Etsi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut quod postremum placuit, solum exprimatur, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto *ad leg.* 8. & *ad d. leg. excepto* 17. *Cod. eod.* Ita sentiunt Glossa, Bart. & comm. DD. *in d. l.* 5. §. 2. *de præsc. verb. & d. l. si olei*, 21. *C. hoc tit.* Gomez. 2. *resol.* 3. *n.* 3. Fachin. 1. *controv.* 82. Christin. *vol.* 3. *decis.* 109. *num.* 12. ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic c.* 4. cum D. Basio *ad leg.* 2. *hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. *animadvers.* 15. distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat, 1. quod juxta eam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. Quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud quam pecunia?

Sed proprium genus contractus) Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus a sua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium* 7. §. 2. & §. 4. *de pact. l.* 3. *C. de rer. perm.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum §. 2. *in fin. sup. quib. modis re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitum*, 17. §. 3. *de præscr. verbor.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus, *l.* 5. *d. tit. Do, ut des: Do, ut facias; Facio, ut des, Facio, ut facias*; ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

De Emphyteusi.

3. ***Adeo autem** aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & siquidem aliud pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particulari, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.*

NOTÆ.

3. *Perpetuo fruenda*) Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib.* 11. ex conventione tamen temporarium esse potest, *l. ult. si ag. vict.* modo ne ad modicum tempus constituatur, *arg. l. 1. §. 3. de superfic.*

In prædium vendiderit) Cæterum cum vendere cupit domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta dispositionem *l. 3. C. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Plane inductio & honorarium (quod barbare laudemium), in omni alienatione necessaria, *d. l. 3. circa fin.*

Lex Zenoniana) Originem autem a Zenone non trahit. Vid rorom.

Siquidem aliquid pactum) Pactiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *l. 2. Cod. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessaverit, jus suum ei adimi potest, *d. l. 2.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, C. de Sacros. Eccles.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphiteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset?*
2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteuseos, & utrum etiam in ædibus consistat?*
3 *Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*

4 Fal-

4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat? aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit? Et quid hic juris apud Batavos?*

7 *Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid a Zenone acceperit?*

8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria?*

9 *Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant?*

10 *An emphyteutæ similiter remissio canonis, ut conductori merces, in casu insolitæ sterilitatis præstanda?*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sit. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & est tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. (1) Dixeris; hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum transeat, quod & in hæredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, *l.* 1. §. 1 *si ag. vect.* Rursum dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam; talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuatur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

(2) *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*) Contractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui, quod colonum non reperirent, propter sumptus quos in illorum cultura atque insitione, seu ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret; quamquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteusis, a verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis est, *insero*, *implanto*. Dicuntur & agri vectigales, a vectigali, id est, pensione seu canone, qui a possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet reditum significat. Cicero. in *paradox.* 6. *Et tecum mea vectigal aliquid etiam redundat*. Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, *l.* 1. *si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteusis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex insitionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinas, Cod. de Sacros. Eccles. l.* 15. §. *si de vectigalibus,* 26. *de damn. infer.* Ait, *perpetuo fruenda*. Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l.* 1. *Cod. de offic. com. sac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l.* 1. & 3. *Cod. de locat. præd. civil. lib.* 11. quamquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, *l. ult. si ag. vect. l.* 1. §. 3. *de superfic.* VIIN. In jure nostro promiscue accipiuntur agri vectigales & emphyteutici, *rubr. tit. sign. ag. vectig. id est, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hostibus erepti, vel inopi plebi militibusve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, constituto annuo vectigali. Ejusdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes sartæ rectæ servabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digestorum paulo ante laudato agitur. Vid. *l.* 1. *ff. si ag. vectigal. id est, emphyt. pet.* Cum vero & agri inculti & novales hac lege locari solerent, hi speciatim dicti sunt emphyteutici, qui & in eo differebant a vectigalibus, quod cum his vectigal, quod in frumento consistebat, imponi soleret, hic pensio annua & quidem satis tenuis exigeretur. At postea & agri culti, immo & ædes & prædia sub lege emphyteutica dari cœperunt. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinet, erudite ex Romanis Antiquitatibus explicavit Vir Clariss. Petrus Burmann. *de Vectigal. Popul. Roman. c.* 1. 2. & 3. HLIN. (3) Cæterum ut emphytheusis constituta censeatur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventione, & ex eo, quod actum est, Wesemb. *par. hic num.* 8. Dom. Bronch. 2. *assert.* 67. Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi dominii, *l. non solet* 39. *hoc tit.* Dom. Joann. a Sande *lib.* 3. *tit.* 6. *de fin.* 10. *circa fin.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediantur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad se aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis, jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi, quæ omnia emphyteutis concessa esse constat. Ait, *quæ traduntur*. (4) Recte Interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, *l.* 3. *de obligat. & act.* junct. *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit, sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem transiret.

(5) *Quamdiu pensio præstetur*) Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati dominii, in cujus rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvitur, non licet domino, expulso emphyteuta, agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid secus privata pactio suadeat, *leg.* 2. *Cod. de jur.*

jur. emphyt. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur. *auth. qui rem, Cod. de Sacrosf. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per *l. penult. de leg. commiss.* Guid. Pap. *quæst.* 171. Clar. §. *emphyteusis quæst.* 10. Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. definit.* 16. Perez. *in Cod. hoc tit, in fin.* D. Grot. 2. *introduct.* 40. Quin etiam etsi cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæst.* 10. Fachin. 1. *controverf.* 99. Christin. *vol.* 3. *decis.* 122. *num.* 9. Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphytheusi civili moram purgari posse, argum. *c. ult. x. de locat.* censet idem Clar. *d.* §. eoque jure non quoque uti scribit Grot. *d. loc.* & ita judicatum refert Coren. *observ.* 22. quamvis communis sententia sit, emphyteuta privati moram purgare non posse, Clar. *dict. loc.* Sichard. *ad leg.* 2. *num.* 20. *Cod. hoc tit.* Fachin. 1. *controv.* 98, secundum quam judicatum refert. Afflict. *decis.* 174. ad Christin. *vol.* 1. *decis.* 157. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non singulis* 176. *de reg. jur. l.* 7. *Cod. unde vi.* Vid. Clar, *d.* §. *q.* 11. Sichard. *d. loc. num.* 16. Fachin. *d. lib.* 1. *contr.* 95. loci de expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib.* 2. *intr.* cap. 40. Coren. *obs.* 5. Mornac. *ad l.* 2. *Cod. de jur. emphyteut.*

(6) *Vendiderit, aut donaverit*) Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses a facta denuntiatione tantundem offerat, *l.* 3. *vers. sed ne hac, Cod. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat juxta *dict. leg.* 3. *in fin.* & *ibi.* Jas. *column.* 14. & *seq.* Sichard. *d. num.* 18. & *seq.* Prolixius hæc executio *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 2. Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit. *Dec. Cur. Holland.* 49. sed habet dominus jus προτιμήσεως seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. Gr. t. 4. *introduct.* 40 ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur. VINN. Vere ergo domino tantum competit jus προτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum instituunt de feudo sine consensu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem potest prohibere, quod non potest dominus emphyteuseos: quamvis ei futura alienatio denuncianda sit, ut possit secum statuere, ipse ne jure προτιμήσεως uti, an extraneo emptori fundum concedere malit. HEIN.

Lex Zenoniana lata est) Zeno *l.* 1. *C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum; utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. (7) Unde Interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis: ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet, vid. *sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus quam temporales omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino a Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes.* 74 *vers.* 44. & *seqq.* Joseph. 2. *Antiquit. Judaic.* 4. Aristot. 2. *Œconom.* Zenonis autem lege aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens detexit, ut disputat Corasc. 1. *misc.* 21. *n.* 4. (8) Plane si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*), juri civili hic contractus adscribi potest: non utique mero, sed mixto, argum. *l.* 6. *de just.* & *jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere; sed quia ad probationem rei gestæ in loco contractus necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerunt. Connan. 7. *comm.* 12. Perez. *C. hoc tit. n.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolute positi conditionem contineant, seu ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *supr. de testam. mil. l.* 24. *eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei ad cujusmodi contractus substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat, testibus Bart. & Angel. *in d. l.* 1. *hoc tit.* Paris. *lib.* 3. *consult.* 177. *n.* 16. & *seqq.* Socin. *cons.* 169. *n.* 12. Roland. a Val. *cons.* 87. *n.* 11. & nominatim de moribus nostris testatur Grot. 2. *introduct.* 40. Clarus tamen *d.* §. *emphyteusis, quæst.* 4. negat consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechlinensem aliquando censuisse refert D. Christin. *vol.* 3. *decis.* 1. 119. *n.* 5.

(9) *Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem*) Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse specialem contractum peculiarem & distinctam

ctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest quod etiam verum & directum dominium in censuariam transfertur, cum illud in constitutione emphyteuseos apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, sed de re nostra: & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. Joann. Fab. *ad hunc §. circa fin.* Jat. *in l. C. de jur. emphyt. n.* 39. *ff. pref. in loco ab emphyteusi ad cens.* Clar. §. *emphyteusis, qu.* 1. *n.* 2. Grot. *introduct.* 46. Baron. 2. *comm. hic, part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus) id est, haud secus ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens, ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l.* 23. *de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Justinianus: non tantum circa præstationem pensionis, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* & Cujac. Ferret. & Hotoman. legunt, *ac si naturalis esset contractus*: quomodo & Theop. legisse ex paraphrasi apparet: & recte sane, τῷ γὰρ [illegible] φύσιν [illegible] τοῖς συναλλάγμασι Theod. Hermop. *in l.* 23. *de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus) Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l.* 1. *C. eod.* 10) Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto*, 15. §. 2. *& seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominii præstatur. Plane si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio: justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotii quod geritur. [illegible] *Emphyteusi*, *q.* 8. *n.* 7. *& seq.* Gail. 2. *observ.* 23. Ant. Fab. *C. suo de jur. emphyt. def. fin.* 36. Diss. Fachin. 1. *contro.* 89. D. Tuld. *in C. de jur. emphyt. num.* 4.

T E X T U S.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur? Cassius ait, materiæ quidem emptionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit, mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio & conductio sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypothesi proposita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*

2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

(1) AFfert hic Justinianus aliud exemplum negotii, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio, nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi faceret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantumque emptionem & venditionem, *leg.* 2. *hoc tit.*

Placuit tantum emptionem & venditionem) *d. l.* 2. Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi, cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificii ratio habeatur? (2) Sic vero in universum habendum est: Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, tegulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solum; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo cui id fit; quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus* 20. *de contr. empt.* Cui sententiæ convenit, quod Javolenus scribit, *l. si convenit* 65. *d. tit.* toties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Nam adversatur huic sententiæ Paulus in *leg. item si* 22. §. 1. *hoc tit.* ubi ait, cum insulam ædificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem; quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantiam & materia, in quam agit artifex, a me proficiscitur, *d. l. Sabinus* 20. *in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aurum dederit) *d. l.* 2. *l. in navem* 31. *hoc tit.* tacit, *l. scribit* 34. *in princ. vers. in artifice de aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit* 65. *de contr. empt.*

T E X T U S.

Quid præstare debet conductor?

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserat, de restituenda ea non tenebitur.

N O T Æ.

5. *Ex bono & æquo præstare*) Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte sunt, præstare æquum est, §. 10. *inf. de act. & sup. de obl. ex cons.* add. *l.* 25. §. 3. *l.* 24. *princ. hoc tit. l.* 2. *l.* 17. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ a conductore ex natura hujus contractus præstanda?*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*
3 *Accurata ad ea quæ in contrarium disputantur, responsio.*
4 *Exclusione casus fortuiti non protinus induci præstationem culpæ levissimæ.*

Agitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, docetur que in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit: (1) veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore acciderit, præstaretur; hic enim pacto standum esse Julianus respondit, *l.* 9. §. *Julianus* 2. *hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l.* 11. §. 1. & *ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei *l.* 11. *de act. empt. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum sit, *l. si in l.* 24. & *l. seq.* §. 3. *h. t.* §. *in bonæ*, 30. *inst. de act.* unde post moram etiam usuræ tardius illarum pensionum a conductore præstandæ *l. quæro* 54. *eod. l. præses* 17. *C. eod.*

Secundum legem conductionis) Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l.* 7. §. *quinimmo* 5. *de pact. d. l.* 23. *de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamque pactionem, *l. qui fundum* 40. *l. comprehensum* 60. *l. si cum fundum* 68. *de cont. empt. l. si in l.* 24. *hoc tit. l. venditor* 23. *comm. præd.* cum *similib.*

Ex bono & æquo præstare) Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l.* 25. §. 3. *h. t.* Inquilinus, ut in domo locata recte versetur, ex honesta non faciat cauponam; *l.* 4. *C. eod.* Uterque ut pensiones suo quaque tempore solvat, *d. l. quæro* 54. §. 1. *h. t.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impune expelli potest, *d. l. quæro* 54. §. 1. *l.* 3. *C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol.* 2. *decis.* 115. quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. Anton. Fab. *C. sup. h.* 1. *defin.* 11.

Qualem diligentissimus paterfamilias) Simile est, quod traditur in *l. si merces* 25. §. *pen. h. t.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l.* 5. §. 1. *comm.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur; quod multis auctoritatibus probavimus sub §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.* & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet: quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa præstetur: in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem, seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. (2) Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus*, 18. *in fin. princ. comm.* Ex quibus perspicue evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem* 40. *h. t.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfamilias suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam a conductore præstari legimus, *l.* 9. §. 3. *l.* 11. §. 3. *leg. item quæritur* 13. §. 1. *l. in navem*, 32. *in fin. h. t.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolute posito, in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissime hoc ipsum ostendit *l.* 3. §. 1. *naut. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maxime commendat: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat præstetur: edicto vero omnimodo qui recipit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsultis qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non

non potest conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent quam culpam levissimam. (3) Quid ergo respondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod Interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum *diligentissimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & pene modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l. 5. §. custodiam §. comm. l. hæredes 25. §. non tantum 16. eod. l. nec ic. §. 2. sup. quib. mod. re contrah. oblig. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus 18. l. 1. §. & ille 4. de oblig. & act. §. 1. infr. de oblig. quæ quasi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. si merces 25. §. pen. h. t. arg. d. l. 3. §. 2. naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in *d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua quasi damno maxime obnoxiæ accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. leg. 1. §. & sæpe 35. depos.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minime requirunt; nec quilibet, quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus desiderat, obligatur, *dict. l. 3. §. 1. naut. cap. stab.* sed locum non habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis sit levissima, *l. 9. §. pen. l. item 13. §. si gemma 5. hoc tit. l. 12. per furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda inducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut D. Wesemb.

Et aliquo casu fortuito) *L. in judicio 28. C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus 23. de reg. jur. l. 8. C. de pig. act.* Non obstat quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, *l. 13. §. 1. de lib. caus. l. 14. §. qualis 16. de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpam causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus, de quo uberius disserui sub §. 3. *tit. præc.* Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam a conductore præstari; nihil enim frequentius est in jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus, insuper habito, utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur, nec ne: utpote quæ & raro præstetur; & vix culpa si . Hinc jam judicari potest, an incendium & quando a conductore præstandum sit: in quo tamen mirifice variant & Interpretes, & judicum sententiæ, Vid. Gail. 2. *observ.* 21. Menoch. *de arbitr. judic. q. 2. cas.* 390. Mascard. *lib. 1. de prob. in verb. Incendium*, Fachin. 1. *contrer.* 87. Moller. 4. *semestr.* 31. D. Tulden. *comment. in tit. de l. Aquil. infr. l 8.* Christin. 1. *l.* 3. *decis.* 112. *n.* 5. ubi plures citat. Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita, Fach. & Moller. *d. loc. l. 3. §. 1. de off. præf. vigil. l. 11. de per. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l. 1. sel. quæst. c. 33.*

T E X T U S.

De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.

N O T Æ.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus) *L. 10. Cod. h. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l. 19. §. 8. eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l. 37. de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenetur, *l. 35. §. 1. l. 32. h. t. l. 120. §. ult. de leg. 1. l. 9. Cod. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptor non tenetur stare locationi factæ a venditore; & quid hodie?*

MOrte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l. 10. C. h. t.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l. hæres 37. de acq. hær.* Ait autem Justinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere: & Gordianus in *dict. l. 18.* hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri; quanquam etiam ita tenentur, *l. sed addes, 19. §. antep. h. t. l. conductorem 39. C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, *l. inter causas 26. princ. mand. l. nemo 35. & l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt: sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proxime seqq. Particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces 25. §. 1. l. qui fundum 32. hoc tit. l. 9. Cod. eod. l. nihil 120. §. ult. de leg. 1.* (1) Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huur gaat voor koop.* Grot. 3. *introd.* 19. *Neostad. dec. supr. Cur.* 30. Gudelin. 3. *de jur. nov.* 7. ad *vai, vai*, Groenevv. *de legib. abrog. ad l. 9. 6. h. t.* In hac urbe sequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74.

TITULUS VIGESIMUS SEXTUS.

D E S O C I E T A T E.

Dig. Lib. 17. Tit. 2. Cod. Lib. 4. Tit. 37.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Socie-

Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi, veluti si alicui placuerit, lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l. 3. §. 2. h. t.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendarum nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint, 59. l. duo, 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituatur; nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partesque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *princ. hit. l. 5. leg. verum, 63. eod.* Porro, quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut a Papiniano vocatur, *l. cum duobus, 52. §. Idem Papin. 8. eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res a duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit, 31, cum 3. l. seq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum est, quod in *l. 2. comment. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ a duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis, idque præsupponendum in specie *l. 2. C. hoc tit.* quamquam Bart. ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus *d. leg. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res a duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maxime voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt; massa quidem hæc communis est, *§. si duorum, 27. super de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul a duobus simpliciter empta est, fit illa quidem amborum voluntate communi, sed ut modo dixi, citra societatem, *d. l. ut sit, 31. hoc tit.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *dict. leg. si non fuerint, 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii; damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus e sociis damni sit expers, ut postea intelligitur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, non societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *leg. 2. de oblig. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *leg. 4. hoc tit.* posse societatem coiri & verbis, &c. Significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacite re seu facto aliquo consensu declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad d. ll.* Species societatis sumuntur a diversitate materiæ; ac de eo hic primum agitur, deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni: postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociantur.

T E X T U S.

Diviso a materia.

Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωνίαν appellant: aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

N O T Æ.

Societatem coire) Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias sive matrimonium appellamus: vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hic agitur.

Aut totorum bonorum) In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ postea obveniunt, in commune redigenda, *leg. 1. §. 1. leg. 2. leg. 3. leg. 37. & seq. hoc tit.* Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *leg. 52. §. 5. eod.*

Unius negotiationis) Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, *leg. 52. §. 5. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Species societatis subjectis distinctæ.*
2 *Quando universorum bonorum societas contracta intelligatur? ejusque effecta.*
3 *Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia universali?*
4 *Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit?*
5 *Peculiaria quædam in societate omnium bonorum.*

Societatis diversæ sunt species, & effectibus, & subjectis distinctæ, *ut in l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint, 29. & pass. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quamquam minus accurata ea oppositio est. (1) Pinguius a diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universorum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coeuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. h. t.* actiones invicem sunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ postea obveniunt, judi-

judicio societatis communicanda, *leg. si societatem*, 73. *& leg. seq. eod.* & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quæruntur; *dict. leg.* 3. §. 1. *d. leg.* 73. *eod.* (2) Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, *d. li.* Interdum tamen evenit, ut tacite quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quæ in communione inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec a se invicem rationem umquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, veniet in communionem, *leg. cum duobus*, 53. §. *Papinianus*, 6. *hoc tit. leg.* 4. *Cod. comm. utriusque jud.* Anton Faber. *Cod. suo, hoc tit. def.* 3. Div. Tulden *comm. hic cap.* 1. **Moribus fere totius Belgicæ** (**Frisiam excipe**, vid. D. Joann. a Sande *rer. jud. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 3.) (3) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra pactis antenuptialibus cautum sit, in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri conjugum quæsita sunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione; scilicet quia lex hanc communionem induit. Vid. Div. Neostad. *in not. ad observat.* 9. cum alii socii, quamvis universorum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant: ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsita in commune redigere, *leg. si societatem*, 73. *& leg. seq. hoc tit.* Unde Paulus in *leg.* 1. §. 1. *eod.* non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coeuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coeunt. (4) In societatem universorum, quæ ex quæstu veniunt, res coeuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obvenientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causa artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, *l.* 7. *& aliquot seq. h. t.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coeunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l.* 7. Fallitur autem D. Bachov. dum putat etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coeuntium statim communicari: hoc enim non obscure pugnat cum *d. l.* 7. Et *l.* 1. §. 1. *eod.* diserte loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est, ut bene Baro hic. (5) In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, [illegible] extra causam societatis id præstetur, *l. cum duobus*, 52. §. *ultim. hoc tit. leg.* 39. §. 3. *famil. ercisc.* Nec mirum, cum rursus omnia etiam, quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus e sociis universorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honeste tamen & decenter, non profuse, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur: veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honeste & bona fide erogavit, fac. *quæ pater*, 50. *famil. ercisc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius partis, *arg. l.* 19. *de ris. nupt.* Rol. a Vall. *consult.* 91. Menoch. 2. *de arb. judic. cap.* 127. Fach. 8. *contr.* 4. Christ. *vol.* 3. *decis.* 51. *num.* 9. Gothofr. *ad l.* 81. *hoc tit.* Bachov. *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 27. *th.* 8. Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hoc cap.* 5. sed de dote dissentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l.* 50. *famil. ercisc.* Sed quid hoc ad rem? Immo cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt sustentent, conferuntur, *l.* 17. *in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Plane feuda in hanc societatem non veniunt. Bald. & Præpos. *in cap. Imperialem, de prohib. feud. al. per Feud. & in cap.* 1. *de invest. de re al. fact.* Præs. Evech. *cons.* 53. In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertinet, ***l. cum duobus***, 52. §. *cum duo*, 5. *eodem*.

T E X T U S.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ad unum quidem duas partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertiam.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Summa disputationis hic propositæ.*
2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, qui secus sentiunt.*
3. *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

Omnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. (1) Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt. 2. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantum in [illegible]

pars expressa sit, in altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet.

Æquales scilicet partes) Si partes expressæ non sint, id tacite actus intelligitur, ut æquales sint, *l. si non fuerint*, 29. *princ. h. t.* quod sic vulgo & recte acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque quæ conferantur, sunt æqualia: (2) cæterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm.* 13. neque D. Tuldeno *comment. hic n. 5.* qui ita disputant, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacite factas intelligi non considerato eo, quod quisque contulit, quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse videantur, ut quisque damni & lucri tantundem haberet; scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedemus, hoc tacite actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta; tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *leg. 6. leg. quid enim*, 80. *hoc tit.* hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον VINN. Plura ad *leg. 29. ff. pro soc.* in hanc sententiam commentatus est Vir Clarissimus Gerardus Nooit. *Comment. in pandect. hoc tit. pag. 180. seq. Tom. 2. Oper.* quem eximium Jurisconsultum, dum hæc scribo, ad superos excessisse, non sine dolore audio. Mortuum saltem nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem sibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit posteritatati.

Si expressæ fuerint partes, hæ servari debent) (3) Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit, & contra si æquales servari placuerit, in locatione inæquali. Itaque cum sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, recte fecerint, si ipsi expresse partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua sub §. *sequenti*. Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *leg. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *leg. societatem*, 76. *cum 4. leg. seqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.) Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper Mercurio negotia procedunt.

T E X T U S.

De partibus inæqualibus.

2. *De illa sane conventione quæsitum est, si Titius & Seius inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius, cujus sententia prævaluit, contra sensit, quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententia obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.*

N O T Æ.

2. *Contra naturam societatis*) Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis desideret, *l. 63. princ. eod.*

Servius Sulpitius) *L. 30. in fin. hoc tit.*

Operæ alicujus pro pecunia) Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *leg. 29. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1. *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii, quam temperasse.*
2. *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3. *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4. *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis, & de leonina societate.*

(1) L*ucri duæ partes, damni tertia*) Difficulter in societate coeunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria? sed a Servio Sulpitio admissa est: cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

Quia sæpe quorumdam ita pretiosa est opera) Hæc ratio arguere videtur Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ: quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert; immo

justum esse, hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio; & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulp. in *l. si non fuerit*, 29. *pr. hoc tit.* (2) Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit, ejusque sententiam interpret. comm. *ad hunc* §. & *in d. l.* 29. sequuntur Gomez 2. *var. resol.* 5. *num.* 5. Wutemb. *parat. hic n.* 7. Christ. *vol.* 3. *decis.* 51. ut verum fateat, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus*, 23. *de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *præced.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæqualis, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq.* & *leg. Mutius*, 30. *in fin. eod.* Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas, non video tamen, cur non posset expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur atque emptio venditio, *leg. si quis*, 38. *de contrah. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit quam alterius: de quo tamen in singulis personis, inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem, *d. l.* 29. *hoc tit.* Utut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Wsemb. *hic* & *in par. dict. loc.* add. Menoch. *de arb. jud. cas.* 125.

Ut alter pecuniam) (3) Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l.* 1. *Cod. hoc tit.* & quidem ita, ut hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti *Asin. act.* 1. *scen.* 3.

Par pari datum hostimentum est, operæ pro pecunia;

cui simile illud in *l.* 52. §. 2. *eod. pretium operæ & artis est lenamentum, id est*, ἄνευμα. Varro apud Non *amussis est, æquum lenamentum*. In codice Hetrusco præpostero litterarum ordine scriptum est *velamentum*. Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint*, 29. §. *h. t.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur: alter operam dumtaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat, & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit; nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, & si salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In primis specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quod sorti adjectum, & pro eo quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter Grot. 2. *de jur. bell. ac pac.* 12. *n.* 24. Covarr. 3. *variar. resolut.* 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud Interpretes in *l.* 1. *C. h. t.* utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate, ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 15. *observ.* 25. *num.* 6. Fachin. 2. *controv.* 94. & 95. Christin. *vol.* 3. *decis.* 51. *num.* 4. *vol.* 1. *decis.* 207. *n.* & *seqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur (4) Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni præter naturam est societas. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera quanti damnum est: id est, si tanti est illud, quod impeditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint*, 29. §. 1. *h. t.* Div. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; utque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recipit: Ait Justinianus *lucri partem*, diserte *partem*. Nam talis societas coiri non potest: ut unum lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l.* 29. §. 2. quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur, *dict. leg.* 29. §. 1. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino, & vulpe. Vid. Desiderium *in Chiliad.*

In alia re lucrum, in alia damnum) Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id damnum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur; nisi deducto omni lucro, *leg.* 30. *hoc tit.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & bonum; atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoque quod prætermissum est, eamdem partem servari.*

COM-

COMMENTARIUS.

QUÆ partes in causa lucri aut damni tantum definitæ sunt; eædem etiam in causa omissa tacite definitæ intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerint, ut partes lucri æquales sint, tacite convenisse intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet; Everhard. consil. 197. Christ. vol. 2. dec. 51. n. 2. Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim a natura relatorum, sed a paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento utriusque par ratio est, Bald. in l. fin. C. de ind. vind. toll. Jas. in l. 1. C. de in jus voc. Christin. dict. loc.

TEXTUS.

Quibus modis societas solvitur? De renuntiatione.

4. *Manet autem societas eousque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri faciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius e sociis renunciatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita est?*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur?*
3 *Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat?*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis, renunciatione, morte, capitis minutione, egestate unius, l. 4. §. 1. l. verum, 65. §. ult. hoc tit. Quæ singula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem consensu) Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *leg. Cod. eod.* Et si quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ultim. instr. quib. mod. toll. oblig.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedi & vel unius voluntate potest; quomodo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit societati) (1) Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *leg. 5. Cod. de oblig. & action. leg. 3. Cod. de resc. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, *leg. verum, 63. princ. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *leg. cum pater, 77. §. dulcissimis, 20. de legat. 2.* Adeo autem visum est, ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla, 71. hoc tit.* contemnere liceat, *leg. 14. eod.* Nam quod Paulus scribit, *leg. 1. eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renunciatione dissociamur aut voluntate aperta, aut tacita. (2) Aperta, cum cæteris annuntiatur ut res suas sibi habeant agant, *d. l. 63. in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. Novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione, 65. princ. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *dict. leg. 62. §. ult.* 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *dict. leg. actione, 65. in princ.* junct. §. *penult.* add. *vet. vet.* Salic. *in leg. 5. Cod. eod.* 3. cum separatim agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *leg. itaque, 64. eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renunciasse societati intelliguntur.

Si quis callide renuntiaverit) (3) Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat a sociis, sed ea solum, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic profertur: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is sciret, *l. 17. §. 1. eod.* item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *leg. 18. & 2. seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius e sociis, sed societatis intersit, eam non dirimi. Qui sic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet. *d. l. 7. §. 1. l. actione, 65. §. 3. 5. & 6. eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius) Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Juris-

[illegible] in *dict. leg. actione*, 65. [illegible] §. quoniam ut [illegible] communicetur, [illegible] societatis omnium bonorum aut specialem [illegible] non [illegible], *leg.* 3. §. 1. *leg.* 7. *eod.*

Quod non captaverit) Si renuntiandi [illegible] aliquod [illegible] renuntiationem [illegible], quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur, quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione*, 65. §. 3.

Cui renuntiatum est) Cui dolose renuntiatum est, [illegible] socii, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam [illegible] & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem a sociis non liberat, socios tamen liberat a renuntiante, *d. l. actione*, 65. §. 3.

TEXTUS.

De morte.

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

NOTÆ.

5. *Nisi, &c. aliter convenerit*) id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l.* 65. §. 9. Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l.* 64. §. 9. *l.* 39. *& seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur solvatur, ut morte & vel unius e pluribus ista* [illegible] *societas.* [illegible] *num.* 3.
2 *Ratio* [illegible] *ut mortuo uno, inter superstites societas perseveret.*

(1) ETiam morte unius socii societas solvitur, *l.* 4. §. 1. [illegible], 52. §. [illegible], 9. *l.* [illegible], 59. [illegible], 63. §. [illegible] 65. §. *morte*, 9. *eod.* In hoc [illegible] proprium est [illegible] quo placeat, hæredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. præced. tit. l. hæres* [illegible], 37. *de acquir. hæred.* [illegible], 62. *de reg. jur.* Sed [illegible] in societate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato, [illegible] placet [illegible] mandatum [illegible], nimirum quia in societate non tantum rei [illegible], ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam [illegible], quæ ad [illegible], contemplatio vertitur. Nam, ut [illegible], *qui societatem contrahit, certam personam* [illegible] industriam, [illegible] alias [illegible] morte socii [illegible], ut [illegible] possimus, [illegible], *d. l. nemo*, 35. *d. l. adeo*, 59. [illegible] naturæ societatis repugnet, ut qui [illegible] socius [illegible] sciatur, cum non vult, *d. l. actione*, 65. §. *societate*, 11. *eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admittuntur: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *dict. leg. adeo*, 59. *l. verum*, 63. §. *in hæred.* 8. *eod.*

Sed & si consensu plurium) Et si plures, quam duo, societatem coierint, & unus tantum ex iis mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii quorum contemplatione ad eam accedant, ut proinde vel uno sublato, [illegible] in societate manere nolle videantur.

Nisi in coeunda societate aliter convenerit) (2) Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione*, 65. *morte*, 9. Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l.* 35. *l. cum duobus*, 52. §. *idem*, 9. *l. adeo*, 59. *eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta: pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur, & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *in dict. leg. actiones*, 65. §. *morte*, 9. tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *dict. leg. nemo*, 31. *& seq. dict. leg. verum*, 63. §. *in hæredem*, 8. *dict. leg. actione*, 65. §. *morte*, 9. *hoc tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse posset, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. *Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.*

COMMENTARIUS.

SI societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d. leg. actione*, 65. §. *item si*, 30. *dict. l. verum*, 63. §. *ultim. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societas, utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore expirat, *arg. dict. leg. actione*, 65. §. *item qui*, 6.

TEX

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

COMMENTARIUS.

QUod Paulus *d. l. actione, 65. §. publicatione, 12. h. t.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrahi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerant, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. verum, 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui test. fac.* poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur, eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum, 36. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest. VINN. Atqui si obæratus bonis cedit, bona non publicantur, sed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus substantia venit, sed cujus bona ob delictum consecrata publicatave sunt. Vid. *l. 63. §. 10. l. 58. l. 65. §. 1. & 2. ff pro soc.* HEIN.

Alius succedat) Intellige fiscum, cui bona damnati ab illo occupat, & sibi vindicat, *l. ult. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consc. &c.*

TEXTUS.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

NOTÆ.

8. *Bonis suis cesserit*) *d. leg. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *leg. 4. §. 1. eodem.*

COMMENTARIUS.

POstremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *leg. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bona suis creditoribus cesserit, eaque a creditoribus distracta fuerint, *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione, 65. §. 1. pod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & deportatione bona amittuntur & pereunt. Cæterum deportatione solvi societatem non negat Stracha de decoct. p. n. 47. nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Bachov. probat *comm. hoc cap. 7.* Non puto tamen, quod hic traditur de dissolutione societatis ob capitis deminutionem, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem contulit, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona sua & civitate amisit, nisi forte ob bona amissa separatam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant) Nihil prohibet, cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l. g. 6. de cess. bonor.*

TEXTUS.

De dolo & culpa a socio præstandis.

9. *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adjumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.*

NOTÆ.

9. *Socius socio*) Ex Cajo *leg. 72. hoc tit.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii par est conditio.

Qualem suis rebus adhiberi) Id est, mediam, qualem plerique patres. suis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia sunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De se queri) Eadem ratione utitur *sup. §. ult. quib. mod. re contr. oblig.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli duntaxat, an etiam culpæ seu negligentiæ nomine obligetur?*
2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda?*
3 *Nodus Gordius, quem nectit* l. 32. d-pos. *solutus.*
4 *Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstatione diligentiæ obstringitur, quam quæ hic in calce affertur.*

HÆC etiam sunt apud Cajum, *leg. socius, 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo Interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam tra-

traditam in *l.* 5. §. 2. *commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit,) & dolus culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli. (1) Vid. *sup.* §. 2. *quibus mod. re contrah. oblig.* Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hoc Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in *leg. cum duobus*, 52. §. 2. *eod.* Illa sane dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi; siquidem hoc a culpa nemine excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur opposita diligentiæ summi gradus: id est, ne præstetur culpa levissima, *l. haeredes*, 25. §. *non tantum*, 16. *famil. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. *d. l. socius*, 72. dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Cajus aliud afferunt, tamquam ob quam placeat, depositarium dolum tantum, non etiam culpam autem negligentiam præstare, §. *penult. sup. quib. mod. re contrah. oblig. l.* 1. §. *is quoque*, 5. *de oblig. & act.* Verum iidem hoc loco, & *in l. socius*, 72. eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri, sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat a depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas. VINN. Immo justissima videtur fuisse dubitandi ratio. Quando levem culpam præstare debeat socius, suadere videbatur natura contractus, ad utriusque emolumentum comparati. Ast cum hic contractus id singulare habeat, ut & socium sibi quisque adsumat, & si eum parum diligentem esse videat, illum suas res habere jubere possit; nulla videbatur ratio, cur socius eam a socio diligentiam exigeret, quam diligentes patres familias in rebus suis adhibere solent, cum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & socium sibi retinuerit. Quare denuum placuit media sententia, ut levem quidem culpam præstet socius, sed non in abstracto, uti vocant, verum in concreto, id est non talem præstet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere solent, sed qua ipse socius in rebus suis utitur. Atqui latæ culpæ reus est, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, *L.* 32. *ff. depos.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abstracto præstanda. Sic enim verum est, culpam levem esse, si quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet pater familias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, qua uti solet in suis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

Qualem suis rebus adhibere solet) Didicimus socium socio non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verum etiam nomine culpæ ac desidiæ, atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. (2) Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt; servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. (3) Quæ sunt ipsissima verba Caji in *d. l. socius*, 72. *h. t.* Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva*, 32. *depos.* ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive, ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus a socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium hanc ipse differentiam antea constituit: quod socius præter dolum etiam culpam, & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium a depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva*, 32. *de Pos.* hoc alii passim, ut Justinianus hic Cajus in *d. l. socius*, 72. item Paulus *l. haeredes*, 25. §. *non tantum*, 16. *famil. ercisc. leg. in rebus*, 17. *de jur. dot.* & Ulp. *l.* 1. *de tutel. & ration. distr.* Sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui neque ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *arg. d. l. quod Nerva*, 32. *depos.*

De se queri sibique hoc imputare) (4) Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia a socio exigenda sit, per *leg.* 1. §. *is quoque*, 5. *de obligat. & action.* & §. *penult. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea societate ea ratio ideo non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut a socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet a socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quamdam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam singuli in se suscipere & tacite promittere videntur.

T I-

TITULUS VIGESIMUS SEPTIMUS.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. Tit. 1. Cod. Lib. 4. Tit. 36.

Continuatio. Definitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu in primis necessaria.

SUperest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod a manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur), est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Ajo *gerendum*, quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eam propter commendationem illam collatum fuerit, fac. *l. si vero*, 12. §. *cum quidam*, 12. *hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendata non inducere obligationem mandati, *l. fideicommissa*, 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex litteris credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit; vid. Gomez. 2. *var. resp.* 13. *n.* 4. Christ. *vol.* 3. *dec.*34.*n.*6. Gloss. & DD. *in l. si litteras* 7. *C. hoc tit. l. Lucius*, 24. *de fidej. l. si vero*, 12. §. *cum quidam*, 12. *hoc tit.* Ajo *committitur & suscipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi etiam mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis: tamen pro toto contractu passim accipitur & facto utriusque; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones, mandati, &c, quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *infr. sub* §. *ult.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vi illim qui mandavit, eum indebitum præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa, mandatario contraria, *pass. tit. & Dolice hoc titul.* Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l.* 1. *princ.* §. 1. & 2. *eodem*. Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur* 18. *eod.* præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia & affinia dein sequuntur.

TEXTUS.

Divisio a fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum: & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

NOTÆ.

Mandatum contrahitur) Ex Cajo *l.* 2. *hoc tit.* Mandare est gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *infr. in comm.*

COMMENTARIUS.

MAndatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur*, 18. *tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub. §. *nihil autem*, 42. *sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hic alia proponitur divisio, sumpta a fine, eaque quinque partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum *l.* 2. *hoc tit.* Unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla *in l.* 8. §. 3. & 4. *eod.*

At si tua tantum gratia) Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantum externa mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum: & ideo vim obligandi non habet. Vid. §. *tua tantum* 7.

TEXTUS.

Si mandantis gratia mandetur.

II. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

COMMENTARIUS.

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei?*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Cajo *dict. leg.* 2. §. 1. *hoc tit.* Apud Cajum pro eo, quod hic legitur *sponderes*, est *fidejuberes*: quod a Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum Veteres *spondere* dixerint, *pro fidejubere*, quasi apud Cajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejubere*, quam *spondere* invenias. Locus hic alioqui planus est. Enim vero occasionem exempli mandati de fundo emendo quæritur, an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit, sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum viciet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *argum. l. cum post* 69. §. 4. *de jur. dot. l. ita stipulatus* 115. *princ. de verb. obligat. l. domus* 71. *princ. de legat.* 1. add. quæ disputamus sub §. *si generaliter* 22. *supr. de legat.* Plane si per relationem

aut

aut compendium de modo pretii sentire potest, puta mandatario tradidero: veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, arbitrio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 2.

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti si mandet tibi ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

NOTÆ.

2. *Ex fidejussoria causa*) Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l.* 5. *Cod. de fidejuss.* quod mutatum Nov. 4. Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum eo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, *l. ult. Cod. de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l.* 22. §. 2. *l.* 45. §. *ult. h. t.*

Quem tibi deleges) Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l. si.* 26. §. 2. *eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l.* 22. §. 2. *d. l.* 45. § *pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuatus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l.* 2. §. *tua & mea* 4. *hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l.* 5. *C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod judicium instituitur periculo mandantis, cum eo postea mandati agi possit in id, quod a reo servatum non erit: cum absque mandato fieret, ut electione rei fidejussor liberaretur secundum regulam juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum ista liberatio abrogatur quod hic unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui certum debeat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea eam suo mandantis periculo stipularetur a Titio, quem in hoc creditori delegat. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interpositum intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum, *l. si mandavero* 22. §. 2. *l. si mandati* 45. §. *pen. & ult. h. t.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum, veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantum causa*) Particula taxativa tantum & apud Cajum bis expressa est, *d. l.* 2. *princ. &* §. 2. eandemque & Theoph. agnoscit ut nimirum sit, Hotomannum & Fac. censere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia geres &c.) In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut intersit, fieri potest: nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum, *l.* 18. *de neg.* Non obstat igitur *l.* 8. §. 6. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur?*
2 *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Cajo *l.* 2. *h. t.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi, quæ species difficultate non caret. 1) Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei cujus intersit, *l. qui fundum*, 32. *locat.* §. *alteri*, 18 *Inst. de inut. stipul.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l.* 8. §. *mandati*, 6. *h. tit.* Ulp. sic scribit: *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit, ceterum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nihil interesse mea, Titio dari *d.* §. *alteri* 17. *l.* 17. *l. stipulatio ista*, 38. §. *alteri* 17. *de verb. oblig.* Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius intersit. 2) Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intersit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit, quandocunque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil intersit, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotio-

rum

rum gestorum *l. si quis*, 28. *de neg. gest.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset, Titio credi: si non credideris, concedo nulla mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus, neque enim necesse est, te explorare, utrum mea intersit, necne, pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. ubi*, 4. *h. t.* Quod vero apud Ulp. *d. l. 6. §. plane*, 5. traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi tua tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. hæreditatem* 32. *in princ. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quam illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis: dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis: vel ut alii, quia persona aliena dumtaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l. 6 §. 4.* & respuere videtur particula taxativa *tantum*, quæ bis etiam apud Cajum expressa est, *d. l. 2. princ. & §. 7.* ut mirer, Hotomannum & Paulum censuisse delendam, vel [illegible], quod eam Cajus non habet. VINN. Recte nodum hunc solvit Vinnius, quod & alii in primis Marcilius ad *h. §.* faciunt. Omnino enim interest mandatoris, etiamsi aliena tantum gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen est periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, si mandatarius mandatum fuerit exsequutus. Vid. *l. 48. §. 1. ff. mand.*

TEXTUS.

Si mandantis & aliena.

4. Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titis negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

COMMENTARIUS.

EXempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

Si mandatarii & aliena.

5. Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes, quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

COMMENTARIUS.

EXemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incipit autem hæc species in eamdem dubitationem, quam habet tertia superius proposita. *§. aliena* 3. ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

TEXTUS.

Si mandatarii.

6. Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fæneres; vel ex diverso, ut pecunias tuas fæneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fænerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

NOTÆ.

6 Si otiosam pecuniam] Id est sterilem, *l. 7. de usur.* seu vacuam, *l. 25. leg.* [illegible] *l. 34. de præscr. verb.* quæ domino nullum fructum adfert, *l. 28. §. 1. de usur.*

Ut pecuniam Titio fænerares] Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinite mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quid differat a consilio?*
2 *Interdum mandatum solius mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Neminem ex consilio, si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio* l. 6. §. 5. d. tit.
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Juliani oritur.*

(1) QUod mandatum solius mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum a consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat, consilium non est. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysost. *de virgin.* ὁ δὲ συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν πείθεται τῷ συμβούλῳ. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. princ. & §. ultim. eod. l. 6. §. plane 5. l. Quintus 48. §. ult. eod.* (2) Plane potest mandatum solius mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum *leg. si hæreditatem 32. princ. eodem.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem,

adirem, cavitque insuper damnum præstari, tum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur.) Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est, cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec ne sibi, consilium sequi, *d. l. 2. §. ult.* Cæterum hoc ita, si a consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilii 47. de reg. jur.* tac. *l. 8. l. si negotiorum 23. l. cum quis 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum, fidem tamen præstare debet, & si fraudem adhibuerit, minime excusandus est. Bene Cic. *lib. 16. ad Atticum ep. 8. Qui consilium dat*, inquit, *fidem præstare tenetur*, sed fidem tantum. Nam, ut idem alibi, *Si fraus abfit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud Ulp. *Consilii non fraudulenti nulla est obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Augustum, ne iis, a quibus consilium petiisset, crimini duceret, si forte res secius, quam illi existimassent caderet, his fere verbis: [illegible]

Otiosam pecuniam.) Otiosa pecunia a prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert; cui opponitur occupata, id est, pecunias fœnebris, quæ usuras parit, [illegible]. Demosth. *advers. Aphob.*

(4) *Hortatus fuero, ut rem aliquam emeres, &c.*) Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulp. *leg. si, §. plane, 5. h. tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandato meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam late interpretamur, quam verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio, cum semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulp. responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in *leg. si hæreditatem 32. h. tit.* & *simil.* VINN. At manifestum est Ulp. in *leg. 6. §. 5. ff. hoc titul.* loqui de mandato, quod nec mandantis, nec mandatarii, sed aliena gratia interponitur. Si enim nunc res male cedit, mandati actio contraria datur, quia mandantis fidem secutus est mandatarius, *non facturus, nisi ille mandasset*. Quare non quadrat huic legi exemplum in *leg. 32. hoc tit.* ubi de mandato mea & tua gratia interposito agitur: idque etiam monuit Vir Clariss. Ger. Noodt, *Probabil. Lib. 4 cap. 12. §. 6. pag. 86. seq. Tom. I. Op.* HEIN.

Ut pecuniam Titio fænerares. Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri, sibique hoc imputare debet: consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus:

Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem ejus sequi, aliter non crediturus. Itaque si, cum Titius verbi gratia pecuniam mutuam a me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere, aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consuluisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est: atque ex eo, si quid mihi secus evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. (5) Ait Justinianus, quæsitum esse, *an mandanti, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fænerares?* At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet, quod mandatarii & simul aliena gratia interponitur: idem enim valet, sive mandem tibi, ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur non magis quam de eo, quod aliena tantum causa intercedit, veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris, §. *præced.* junct. §. 3. *sup. eod. l. 2. §. 2. & penult. eod.* Quamobrem suspicor, Justinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulo ante usus est, dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat, sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane qui simpliciter affirmarit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *leg. 2. de proxenet. l. L. §. ult. de dol.* & ibi Costal. Gom. 2. *resolut.* 13. *num.* 5.

NOTÆ.

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*
2 *Ex delicto tam mandantem, immo & consilium dantem obligari, quam mandatarium.*
3 *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, teneatur pœna homicidii? remissive.*

MAteria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est, *leg. 6. §. 3. hoc. tit. leg. nec permittendum, 57. pro soc. leg. generaliter, 26. cum seq. leg. si flagitii, 123. de verbor. obligat.* Itaque si quis ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum facien-

faciendum, &c. suscepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati & quia proprii delicti pœnam præstat, *leg. si mandavero* 12. §. *qui ædem* 6. *hoc tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandatur, si tamen alias, quod mandatur inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; velati si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fid-jubeas, & tu sciens mandatum susceperis, non habebit mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas. quia simile est, ac si perdituro crediderís, & adversus bonam fidem, *leg.* 11. §. *si adolescens* 12. *eod. leg.* 8. *pro empt.* Plane si Titius tuo mandato aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit: neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipsis servis, qui mandato dominorum deliquerunt in atrocioribus, ignoscitur, *l.* 11. *an ignoscitur* 7. *quod vi aut clam l. servus* 20. *de oblig. & act. l. ad ea* 157. *de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam sustineas, *argum. is nihil interest*, 15. §. 1. *ad leg. Cornel. de sicar l.* 11. §. 3. *de injur. l.* 5. *C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort.* add. Clar. *l.* 5. §. *fin. q.* 89. & ibi citat. cum citatis apud Baptist. Bajard *in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis sententia est: utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset. Clar. *d.* §. *fin. q.* 89. Covarruv. in *Clem. si furiosus part.* 2. §. 2. *de homicid.* Menoch. *arb. judic. cas.* 351. Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantum si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur? Vid. Clar. *dict. quæst.* 89. *num.* 4. Menoch. *arb. jud. cas.* 352. *n.* 2. Govar. *in d. Clem. p.* 2. §. 1. *n.* 3. Fachin. 1. *cont.* 38. Christin. *vol.* 3. *decis.* 49. ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechiniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. Cov. *d. Clem. princ. part.* 2. *n.* 9. *v.* 6. Menoch. *arb. jud. cas.* 352. *n.* 6. Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversæ scholæ auctores recte usque ad centum aureos te acturum existimant: quæ sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1 *Fines mandati, qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum a populo, &c. acceperunt, præcise quod mandatum est, semper sequi teneantur?*
3 *Qui color Sabini & Cassii sententiæ hic relatæ prætexatur?*
4 *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

Locus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest*, 41. *h. tit.* Ut ecce mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l.* 5. §. 2. *eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatu meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l.* 5. §. 2. Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque pure fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero* 22. *eod.* Idque est, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse. eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *dict. leg. in princip.* Plane in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδύναμον, velati si rogatus fidejubere pro Titio apud Mevium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult.* §. *ult. eod.* Hinc introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum a populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcise id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnumquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit utiliora fore? quam quæstionem problematice tractat Agellius 1. *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato, respondeat; ut ait Agell. *d. loc.* Ceterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur: vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonis, qui missus in Olynthios injussu Reip. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit. Xenop. *l.* 5. *hist. Græc.* forte & ingenium ejus qui imperavit considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius al-

aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est: *Alia sunt legati partes, alia Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet.* Cæsar. *comment. l. 3. cap. 51.* Sed de hoc fusius scriptores politici. Vid. Belold. *de legat. cap. ubi & ibi cit. vai, vai,* Gipnan. *in præfat. comm. de Imp. instit.*

Illo quidem ut Sabino & Cassio, &c.) Posito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio fere in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio spoponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat, nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quanquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandati enim cum illo actionem non esse, *l. 2. in fin.* [illegible] VINN. Recte Sabini & Cassii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus sunt individua, quantitates dividuæ, *l. 2. §. ff. verb. oblig.* Itaque qui fines mandati excessit, non pro parte exsequutus est mandatum, sed plane aliud quid egit, *l. 5. princ. & l. 3. ff. hoc tit.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. HEIN. Sed Nervæ & Proculo contra visum est in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, cum verum quoque est centum emisse, cum utique majori summæ semper insit & minor, *l. 1. §. [illegible] 4. de verb. oblig.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario recte dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro [illegible] merito recepta est, [illegible] *hoc tit.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum, [illegible] propositum *d. l. in fin.* [illegible] mens fuit, non esse mandati actionem cum eo, qui mandatum excessit, & [illegible] cum illo [illegible] falsum [illegible]. Nam pro certo [illegible] est, ei qui mandavit, competere [illegible] mandati adversus eum, qui mandatum [illegible] licet [illegible] non competat [illegible], *l. [illegible]* Sed [illegible], hoc eos [illegible], [illegible] quam ego mandaveram, [illegible] centum mandaveram, [illegible] [illegible] paratus sis, [illegible] reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifeste vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego teneat fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit, qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum duntaxat restituro, ad quam usque summam ut emeret, tantum mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quæsitum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis? Visum id olim Martino fuit & Joann. Fab. ex recentioribus Baroni, Mynf. & Bronch. *1. miscellan. 66. argum. leg. 2. leg. quæ utiliter, 45. de neg. gest.* Sed rectius id mihi negare videtur Joann. Bulg. & Accursius: quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *leg. ult. Cod. de neg. gest.* Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluribus sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto, 51. §. libertos 4. de neg. gest.* Et vero si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callide excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum *in d. leg. 4.* Justinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit: & certum est, eum quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris, & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defendere.ur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et quidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde est ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *l. 12. in fin. de solut. leg. semper. 60. de reg. iur. cap. ratihabitionem Cod. eod. in 6.* Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emtionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. *hic* citato Saliceto, ad eumdem modum distinguente in *leg. 3. hoc tit.*

Quod si minoris emeris, &c.) Qui rem aliquam minoris emit, quam ei mandatum fuit emere potestat, non aliud facit, sed illud ipsum quod ei mandatum est: nec is eo mandati fines excessisse videri potest, *cum boni*

ἐπιτυχίας. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium numquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, *dict. l. 5. §. 3. leg. cum mandati, 12. Cod. eod.* Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 2. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. *Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare?*

MAndatum itidem, ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* sed etiam propriis quibusdam & remotis a communi lege dissolvendarum obligationum; quos modo ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut *tit. præced.* perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur: duo, quibus ex persona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius, & renunciatio.

(1) *Si, dum adhuc res integra, revocatum*) Si re adhuc intra consensu mutuo a mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, *§. ultim. infr. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *leg. 12. §. pen. l. 14. hoc tit.* videtur esse præter regulam, traditam in *leg. 4. Cod. de oblig. & action.* neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod quæratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post a mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *leg. 15. l. inter, 26. princ. hoc tit.* Illud tamen notandum est, revocationem mandati non tantum expresse fieri, sed interdum etiam tacite factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari; quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.*

NOTÆ.

10. *Liberari eos*) Non stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, διὰ τὸ φιλάνθρωπον, id est *propter utilitatem*, sed ex æquo & bono, *dict. leg. penult. de rebus cred. leg. 11. in fin. depos. leg. 18. leg. 51. de solut.*

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte tam mandantis, quam mandatarii extinguatur. & cur id visum?*

2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri post mortem suam?*

4 *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenerit?*

4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus?*

5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

(1) ETiam morte, tam mandantis, quam mandatarii, mandatum extinguitur, *l. inter 26. & leg. seq. §. 3. l. mandatum, 55. & leg. seq. hoc tit. l. 15. Cod. eod. leg. ultim. de solut.* Et hoc quoque ita utique contra communem regulam juris, qua placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur, aut mandantis aut mandatarii: non mandantis, quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in *cap. ultim. Cod. de offic. delegat.* significatur in *dict. leg. mandatum, 57. hoc tit.* explicatur in *leg. 9. de curat. furt.* Cic. *pro Rosc. Amer. c. 39. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.* Itaque cum præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, nimirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum exspirare, *l. 8. §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *dict. l. inter, 26. & arg. leg. seq. §. 3. hoc tit.* Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. (2) De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid

fieri potest post mortem suam? Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat, veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *leg.* 14. §. 2. *de relig. l.* 12. §. *ult. & leg. seq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *leg. ultim. de solut.* cujus rei etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit; & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille susceperit, exequi: & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis*, 27. §. 3. *leg. mandatum*, 57. *hoc tit.* VINN. Atqui in *l.* 14. §. 2. *ff. de relig.* non datur actio mandati, quod factum oporteret, si mandatum morte non extinctum fuisset; sed actio de dolo. Doli enim reus erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obligatus non ex contractu mandati, sed innominato do ut facias. HEIN. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desiit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere periri possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *leg. inter*, 26. fac. *dict. leg. mandatum*, 57. *& leg. seq. eod.* (3) Ut ecce, actio mandati statim competit, cum cœpit interesse, *l.* 8. §. *mandati*, 6. *eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cum jam ille eamdem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

4 *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*) Etsi mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest; tamen utilitatis causa, seu bono & æquo placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter*, 26. *l. si pure solute*, 58. *hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, *leg.* [illegible] *ejusd.* 29. §. [illegible], 5. *eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, argumentum ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit *leg. mandatum*, 57. *eod.* nam & alias, cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, *leg.* 7. §. 8. *de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id reliqua [illegible], vel a mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem ejus? In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, immo incumbat, *arg. leg.* 5. *si tutor*, 5. *leg. tutorem*, 37. §. 1. *de adm. tut. leg.* 13. *de tut. & rat. distr. leg.* 3. §. *penult. de cont. act. tut. l.* 11. *Cod. arb. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia) Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *leg. mandatum*, 57. *hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo turandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

5 *Huic simile est*) Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili; nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii solverint, quam cui oportebat, *leg.* 11. *in fin. depos. l. penult. de reb. cred. leg. si quis*, 18. *leg. dispensatori*, 51. *de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet, 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis propositum, *dict. leg. penult. de reb. cred. dict. leg.* 18. *de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *sac. lex qui hominem*, 34. §. 3. *de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis, omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, *l.* 12. §. 1. *l. qui hominem*, 34. §. 3. *de soc.*

TEXTUS.

De renuntiatione.

11. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est; susceptum autem consummandum est, aut quam primum renunciandum, aut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: nisi justa causa intercesserit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione? & quid si intempestive renuntiatio facta?*
2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem?*
3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

Proponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. (1) Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in credit*, 31. *de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, *leg. si mandavero*, 22. §. *ult. si quis*, 27. §. 2. *hoc tit. & prin. hujus text.* ut frustra objiciatur, *leg.* 5. *C. de oblig. & action.*

Susce-

Susceptum consummandum, aut quam primum renunciandum dict. l. 12. §. ult. dict. l. 27. §. 2. Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium suo disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum poterit, renunciet. Renuntiatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eamdem rem æque commode explicandi; aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se, neque per alium idem negotium expedire potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *leg. si quis*, 15. §. 1. *de re jud.* &c. §. *ult. supr. de verb. oblig.* (2) Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat? Dixeris præter præstationem doli & culpæ latæ nihil a mandatario exigendum secundum definitionem, *l. 5. §. 2. commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. leg. procuratorem*, 11. *Cod. eod. leg. contractus*, 23. *de reg. jur.* Modest. *in collat. leg. Mosaic. & Roman. tit. de depos.* Certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *leg. a procuratore*, 13. *Cod. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare: Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *leg. in re*, 21. *Cod. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, Cui similis est locus apud Ciceronem in *Orat. pro Rosc. Amerino*, c. 38. ubi de judicio mandati disserens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus a regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat, diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se, diligentia sua promittere videatur, *leg. 1. §. sæpe*, 35. *depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectant: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *leg. 5. §. 2. in fin.* junct. §. *interdum*, 10. & *in lucem*, 18. *in fin. pr. commod.* Nempe ergo, ut his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præstabitur: ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; solius mandatarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: nec quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarii contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, §. *tua tantum*, 6. *hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re*, 21. *Cod. hoc tit.* ut proinde cum de obligatione mandatarii circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *dict. l. in re*, 21. & *passim in hoc arg.* Plane in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum culpa, aut fraude carere sufficit, *l. 8. §. ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.*

Justa causa intercesserit, &c. Hoc admisso renunciatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi, excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. (3) Justa non renuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pareat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorum credibile est amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porro præstet. Non tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non potuerit, *leg. sane*, 23. *l.* 24. & *l. seq. eod.*

T E X T U S.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS

MAndatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, & *leg. 1. §. pen. eod.* & cum mandati obligatio mere a consensu pendeat, potest per nuntium quoque vel per epistolam mandatum fieri ac suscipi, *dict. l. 1. pr. & §. 1.* sed hæc, & alia id genus, *sub rubr.*

T E X T U S.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et, (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitiari; nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, & operam gratis suscipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *leg. 1. §. ult. leg. si remunerandi*, 36. §. 2. *hoc tit.* alioqui videretur mandatarius χατήλειαν τῆς φιλίας, beneficium cauponari. (1) Enimvero gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit, si remunerandi causa honor intervenerit, *leg. 6. princ. eod.* ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *leg. in fin. princ. si mens. fals. mod. l. 1. §. in honorariis*, 10. *de extraord. cogn. l. 7. leg. qui mutuum*, 56. §. *pen. hoc tit. leg. 1. l. 17. Cod. eod.* & a mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, sed ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, *d. l. 6. in princ.* de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l. 7. l. qui mutuum*, 56. *pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum, ut nec si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla amplius sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum*, 56. §. *pen. hoc tit. l. 17. Cod. eod.* sed hoc forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleveren de declaratie van hare besoigne, conform de ordonnantie van de hoven ende lage vierschaeren*) petere salarium, quantumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *q. 67.* Papon. *lib. 6. tit. 12. Arrest. 12.* Garz. *de expens. & mel. c. 20. n. 15.* Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe adversus bonos mores sit, *l. 7. hoc tit. l. litem redimere* 20. *Cod. d. l. sumptus*, 53. *de pact. l. 1. §. si cui*, 12. *de extr. cogn.* Donel. *post alios, in d. l. si contra*, 20.

Mercede constituta incipit locatio esse. Modo tale factum sit, quod locari soleat; qualia vere sunt, quæ mercede eaque proportionata scilicet æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est, ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse: & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur: de quo extra ordinem cognoscit Prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus innominatus, *leg. 5. §. 2. de præscr. verb.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.) Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, *leg. si tibi*, 22. *de præsc. verb.* §. 2. *supr. de locat.* Bachov. ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est præscriptis verbis detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, fac. §. 1. *supr. de locat.*

TITULUS VIGESIMUS OCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

T E X T U S.

Continuatio.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur, sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*
3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*
4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.*
5. *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit?*

(1) EXpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. supr. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* (2) Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis; quamobrem recte dicimus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l. 1. §. 3. de pact.* Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii.

Nequ-

Neque aliam rationem ait Cajus *leg. 5. de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. (3) Sunt qui etiam ex conventione hic obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita, quod non probo. Nam quid refert, taciteseu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *leg. 2. l. 4. §. ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l. 3. de reb. cred. l. semper, 34. de reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l. 4. pro socio*: item mandatum *l. 6. §. 2. l. qui patitur, 18. mand.* locatio conductio *l. 12. §. ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *leg. 1. v. de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, *§. 1. infr. hoc tit. leg. 2. de neg. gest.* adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, *leg. 4. §. & si, 5. dict. tit. leg. furiosus, 46. de oblig. & action.* Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *dict. leg. 46.* in eam nos incidere, *leg. hæredes, 25. non tantum, 16. famil. erciscund.* utilitatis causa introductam esse, *leg. 5. de oblig. & action. 1. hoc tit.* (4) Plane si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum, *leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. ex caus. in poss. leg. 13. in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit: confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. VINN. Rem acu tetigit Vinnius, dum consensum tacitum negat esse fundamentum obligationum, quæ quasi ex contractu nascuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quasi contractum ex consensu ficto vel præsumpto nasci. Hinc commodissime definietur quasi contractus, quod sit *factum honestum, quo & ignorantes obligamur ex consensu ob æquitatem vel utilitatem præsumpto*. Si definitionem Justiniani, quam in *princ. hoc tit.* tradidit, sequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenstechero pro quasi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii descriptionem adoptamus; & obligatio erit quasi contractus. Est enim factum non turpe: quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præstanda) sine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quasi contractus? HEIN. (5) Factum, unde hic obligatio nascitur, cum Interpretibus, contempta quorumdam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, *leg. 32. §. pen. de don. int. vir. & uxor.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnumquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, *§. 1. infr. de act. l. ex contractibus, 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur.* & interdum absolute contractus vocatur, *leg. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. caus. pign.* largo scilicet modo, & per abusionem, *leg. 3. in fin. cum leg. seq. quib. caus. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Cujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

T E X T U S.

De negotiorum gestione.

1. *Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istæ actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit; ex qua causa ii, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent; desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

N O T Æ.

1. *Absentis*) Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria) Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *leg. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactissimam diligentiam) Fac. *leg. 21. C. mandat. leg. 24. §. 16. famil. ercisc. l. 24. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nullaque causa est cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se deposito obtulit, *leg. 2. §. 35. depos.*

Nec sufficit talem, &c.) His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam a gestore præstari, arg. *1. 2. supr. quib. mod. re contr. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu, *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.*

2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque contineat?*

3 *Dolum tantum, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur, accuratius quam vulgo.*

PRima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajo *leg. 5. de oblig. & action.* ait *cum quis negotia absentis gesserit*. Videlicet sine mandato aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non [illegible] negotium invicem: sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *dict. leg. 5. de obl. & action. l. 2. de neg. gest.*

Domino directa competit actio) Monuimus in explicatione, §. 2. *supr. quib. mod. re contr. obligat.* quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. (1) Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeravimus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur, sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim teneatur ex [illegible], ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *leg. in [illegible], 17. §. 1. [illegible] mod.* quæ adversus dominum, contraria, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa: qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per [illegible] gesti quid abest, contraria.

(2) *Adversus eum, qui gessit*) Ut gesti rationem reddat, & [illegible] non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *leg. [illegible], 21. §. 21. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet: [illegible] restitutionem [illegible], quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *leg. 2. eodem*, [illegible] *l. 8. §. 1. leg. si quis, 23. eod.* & damni [illegible], quod perperam gessit, præstationem: [illegible] hic [illegible] pensitur, *leg. 11. eodem.* In non gesto non tantum damni [illegible] ratio habetur, sed etiam lucri omissi, [illegible], accommodatum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui [illegible] negotia gessit, *leg. 6. §. ult. l. 7. leg. [illegible], 15. eodem.*

[illegible]) Si modo utiliter [illegible] gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *leg. 2. eodem.* [illegible] autem hic [illegible] ejusdem naturæ, de indemnitate, *leg. 5. depos. l. 6. [illegible] de his qui not. infam.* & in proposito [illegible] nomine competere est: nempe ut præstetur & [illegible] gessit, [illegible] si de suo quid [illegible] non sit, quod alias consequi potuisset, & quod ei absuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis, 18. de neg. gest. l. ob negotium, 13. Cod. eod.*

Subita festinatione coacti) Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant; denique novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum) Cujacius, Hotomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum*. Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

(3) *Ad exactissimam diligentiam*) Secundum regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus a negotiorum gestore exhibendum videtur, quam a depositario, nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam, quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. [illegible], 20. Cod. eod. l. contractus, 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub §. 2. *supr. quibus mod. re contr. oblig. & §. propen. præc. tit.* monui regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo [illegible] nulla [illegible] utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam a gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. §. 2. supr. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. [illegible] 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. fam. ercisc.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis, neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat, quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed quod scriptum est in *l. 21. Cod. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hunc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat ut omnia præstet, præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *leg. 1. §. sæpe, 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat: quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Reip. etiam interest [illegible] absentium: ne quis temere se negotiis [illegible] immisceat; & diligentiorem forte antevertat. Neque

enim

enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur, eaque id fit, dolum tantum nomine gestorem teneri placet, *leg. 3. §. interdum, 9. de neg. gest.* sed sæpe homines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura ut dicere, sed aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *leg. culpa, 36. de regul. iur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administrationem omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter post *Gloss. hic*, statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes quod non convenit sententiæ hujus loci qui descriptionem quamdam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, *arg. §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig. 1. §. & ille, 4. de obl. & action.* add. Paul. 1. *sent.* 4. *leg.* 24. *Cod. de usur.* VINN. Aliquando & casum præstat negotiorum gestorum gestor, si vel tale negotium susceperit, quod gerere non solebat dominus, *l. 11. ff. de negot. gest.* vel causam & occasionem dederit, §. 2. *Institut. quibus modis re oblig. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, sed dolum & culpam latam duntaxat præstat: puta si quis affectione ductus, ne bona absentis distrahantur, se negotiis ejus obtulerit, *leg.* 3. §. 9. *ff. de neg. gest.* HEIN.

T E X T U S.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutuæ sunt actiones: Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem; sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem, duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet?*

SEcunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes cum pupillis ullum negotium contrahunt: multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, *leg. 5. §. 1. de obl. & action.*

Actiones mutuæ) Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *leg. 5. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, *leg. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitrium tut. l. 2. Cod. si tut. vel cur. non gess.* (1) Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *leg. contractus, 23. de regul. jur. dict. leg. 7. Cod. arbitr. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suadet. Quidquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cum conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ judicium veniet, *dict. leg. 1. l. cum tutor, 18. de tut. & rat. distr. dict. l. 7. & l. 4. Cod. arb. tutor. l. si tutori, 23. Cod. de adm. tutor. l. 3. Cod. de peric. tutor.* (2) Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, *dict. l. 1. de tut. & rat. dist. dict. l. 7. 7. Cod. arb. tut. l. a tutoribus, 33. princ. de adm. tutor.* Frustra vero ex *l. 4. Cod. de peric. tutor.* quæ ait, a tutore fortuitos casus non præstari quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima. Add. Pet. Fab. *ad l. 22. de regul. jur.* Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, sive impenderit quid in rem pupilli, sive aut se, aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l. 1. in princ. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. Cod. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub. tut. l. 3. C. 4. l. 8. C. arbitr. tut. cum simılib.*

T E X T U S.

De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit; non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.*

N O T Æ.

3. *Sine societate*) Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex societate res communis est, *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

Et alter eorum alteri) Principalis finis judicii communi dividundo est, ut res dividantur, & a communione recedatur. §. 4. *& 5. infr. de offic. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. ercisc.* tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. dict. tit.* lucri, ut in *l. 3. Cod. eod.* §. 4. *inf. de offic. jud.* damni, ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. ercisc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod socius ejus solus) Observat, socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

 4. *Qui*

4 *Qui cohæredi familiæ ercisc.*) Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. div.*

COMMENTARIUS.

1 *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat?*

2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

TErtia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eamdem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo, 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio est, quod consors, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio; in quo hoc maxime agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, a communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, *l. 26. de cond. ind. l. ult. C. comm. div.* discedatur *l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. quædam, 20. inf. de act.* Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. *& seqq. inf. de offic. jud.* Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, *l. 3. cum div.* Lucri, ut, si quid ad unum e consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. infr. de offic. & hoc text.* Damni, ut, si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, *l. 16. §. pen. l. hæredes, 25. §. non tantum, 16. & §. item culpæ, 18. l. inter cohæredes 44. §. quod ex fact. 5. fam. erc.* (2) Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi, & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, *d. l. hæredes, 24. §. non tantum 16.* Impensarum, ut, si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a cæteris pro rata refundatur, *hoc text. l. 18. §. 3. d. l. hæredes, 15. §. idem juris, 13. & seqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditatis, communi dividundo, *tit. ff. & C. fam. ercisc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

3. *Hæres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur; (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest), & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.*

NOTÆ.

5. *Hæres quoque*) Ex Cajo *leg. 5. §. 2. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1. *Hæredem proprie quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta species contractus, aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 4. §. ult. & l. seq. quib. ex caus. ex caus. in poss.*

(1) *Legatorum nomine*) Hæres tunc proprie quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis, *d. l. §. de obligat. & act. & hoc tex.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit. Vid. *sup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, *leg. hæreditarium, 49. de obligat. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, a quibus quid relictum est: eædemque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ *leg. unic. §. pro secund. 4. Cod. de eod. toll. leg. 1. Cod. comm. de legat.*

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur proprio ex contractu obligatus esse, ut si certiorem rationem sequatur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse: Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videretur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.*

NOTÆ.

6. *Cui quis per errorem*) Facti quidem etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris

tis civilis auxilio; *l. 9. Cod. ad leg. Falc. l. 7. Cod. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, de natura quidem qualisqualis debitor est argum. *l. 7. de cond. cauf. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. princ. ut in poss. leg. cum simil.*

Quasi ex contractu) Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacite hic obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur) *l. 5. §. 3. de obligat. & act.* Ex bono scilicet, & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *leg. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis sciens indebitum recipit, furti obstringatur?*

2 *Quæ requirantur, ut indebitum solventi competat?*

3 *An ejus, quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit?*

4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi?*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem, quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re contrah. obligat.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit; sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat, quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Cajo, *l. 5. §. is quoque, 2. de obligat. & action.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit; quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea repeteret, *l. 1. l. si quis sortem, 26. §. 2. & 3. hoc tit. de condit. ind. l. 9. Cod. eod. l. cujus, 53. de reg. jur. junct. l. quod quis, 50. h. t.* Aut dubitans: qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eodem.* Si vero simpliciter solvat, quasi ex contractu: siquidem dubitanti æque ut erranti repetitio datur, *l. ult. Cod. eodem.* Aut denique quod plerumque fit, per errorem seu ignorans se non debere; de qua specie passim agitur in π, &c. *de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. de oblig. & act.* traditum est: quam recte, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. (1) Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam, 18. de cond. furt. l. falsus, 43. in princ. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam a debitore accepit, furtum non committit, *argum. d. l. falsus, 43.* Castal. post Bart. *ad d. l. quoniam, 18.*

(1) *Cui quis per errorem indebitum solvit*) Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur, ut indebitum sit quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur; placet, locum esse repetitioni, *l. si non sortem, 26. §. 3. l. qui exceptionem, 40. l. ex his omnibus, 54. h. t. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil, 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur, sententia innumeris locis tradita, *leg. 10. de oblig. & act. l. 16. §. naturales 4. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compensat.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ, siquidem sententia judicis obligationem consensu constitutam perimere non potest, & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerisque referunt exceptionem Senatusconf. Macedoniani: nam filiusfamilias si mutuam pecuniam Senatusf. acceperit, & paterfamilias factus perperam solverit, non repetit, quoniam naturalis obligatio manet: *l. 10. de SC. Macedon.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *leg. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de SC. Macedon.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *dict. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. n. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio, qualis est mulieris intercedentis *l. 26. §. 1. ad SC. Vell.* prodigi promittentis, *l. 6. de verbor. obligat.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones, ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. Cod. ad SC. Vell. l. 41. hoc tit. l. 6. de verbor. obligat.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *leg. 9. Cod. ad leg. Falcid. leg. 7. Cod. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quod jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. fact. ign.* (3) Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum Interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum Dom. Zas. *ad rubr. hoc tit. num. 5.* Sichard. *ad rubr. & l. 1. Cod. eod.* Wesemb. *par. eod. n. 9.* Christin. *vol. 3. decis. 8. num. 3.* Bachov. *de act. disput. 4. thes. 17.* Joann. Arn. Corvin. *in Enchiridio, tit. quibus mod. re contrah. obligat.* Movet me primum hæc ratio, quod con-

condictio indebiti ex bono & æquo datur, *arg. hac condictione. l. ... de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quominus possit de iniquitate condictionis excipere, cui quod solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quacunque*, 14. *de compens.* accessiones non admittat, *l.* 3. §. 1. *de pecun. const. l. de fidejuss.* cum Prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipse ostendit se id pro debito non habere per *l.* 9. *de juretur.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali, aut quod metus causa. Et ne videamus sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui deberet*, 7. *de cond. caus. dat.* ubi diserte Julianus post Nervam & Atilicinum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutum errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is*, §. 1. *l. si fidejuss.* 59. *de cond. ind. l.* 5. *Cod. eod. l. quæ fideicommissa*, 79. *de legat.* 2. & apertissimus *in l.* 1. *ut in possess. leg. in princ.* tac. *item*, *l. mandatum*, 57. *mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. v. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem* 26. §. 3. *l. qui exceptionem* 40. *l. ex his omnibus*. 54. *eod.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiscunque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat tum *d. l. si non sortem*, 26. §. 3. & *l.* 24. *eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere, nimirum donasse intelligitur, *l. cujus*, 53. *de regul. jur. l.* 7. *Cod. de cond. ob caus. dat.* quod de eo qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maxime, quod traditur, in *l.* 7. *de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicue evincere mihi videor etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus, inde fateamur necesse est errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. leg.* 8. Neque video quid ad hoc responderi satis commode possit. Nam certe illa Neotericorum communis responsio captiosa est, quod condicens non ... de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet, sic, ut eam nunquam possit repetere; & quod idem Papinianus in *l.* 7. *eod.* definit ignorantiam juris nonnisi petentibus nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l.* 29. §. 1. *mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cum id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l.* 9. *de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce, cum essem filiusfamilias, mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfamilias factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra, *argum. l. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind. l.* 9. *in fin. cum l. seq.* junct. *l. ult. de SC. Macedon.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus Falcidia: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti, repetitionem habeo, si errore juris, non item, *leg. Cod. si adv. solv. l.* 7. *C. de condit. ind. l.* 9. *C. de leg. Falcid.* Non quidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l.* 2. *C. de fideicomm. l. in testamento*, 38. *de fideicomm. lib.* 5. §. *si quis*, *de don. inter vir. & uxor.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 6. *de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes. Et hic magis est favere repetitioni, quam adversario lucro, per *l. non debet*, 41. §. 1. *de reg. jur.* VINN. Speciosa hæc: nec tamen solida regula juris est, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, *l.* 9. *digest. de jur. & fact. ign.* secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum si solverit, repetitionem non habere; eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, diserte dicitur in *l.* 10. *C. de jur. & fact. ign. l.* 9. *C. ad leg. Aquil.* (5) Cum vero minoribus & feminis jus ignorare liceat, *l.* 9. *ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in solutione indebiti obtinet, *l.* 9. *C. ad SC. Vellei.* Jus quoque singulare est in *leg.* 1. *ff. ut possess. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Observavit hoc recte V. C. Ger. Noodt. *Comm. ad Pand. lib.* 12. *tit.* 6. *pag.* 299. & ubi ad *l.* 7. & 8. *ff. de jur. & fact. ign.* respondit HEIN.

Magis ex distractu, quam ex contractu) Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu; nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget, neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verum extra id quod agitur, tacite hæc obligatio nascitur, *l.* 13. *in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu; nam & qui solvit, interpretatione

tione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit, ea conditione accipere ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quamdam contractus & negotii invicem gesti habet, *leg. si in area*, 33. *de condit. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est qui accepit, *l. si non sortem*, 29. §. *libertus*, 12. *de condit. ind.* si vero ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset: quippe distractus & contractus nulla similitudo est, neque ex eo, quod vere & expresse agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacite inducitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet: eum, cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu: quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat: & qui accipit non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet, quamquam neutrum revera sit.

T E X T U S.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur?

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant, nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.

N O T Æ.

7. *Repeti non potest*) Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando) Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *leg.* 23. §. *penult. ad leg. Aquil.* §. 26. *infr. de action.* Paul. 1. *sent.* 19.

Item ex legato) Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l.* 1. §. 1. *& seq. depos. d.* §. 16. *inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa *l.* 65. §. 1. *de cond. ind.* aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l.* 32. §. 2. *eod.*

Non repetuntur) Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Julian. *l.* 32. §. 2. *de cond. ind.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex his causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse?*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid in moribus nostris?*

SUnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius* 23. §. *penult. ad l. Aquil.* §. *sed furti* 26. *infr. de action.* Paul. 1. *sent.* 19. 1 Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis in uno loco comprehensis a Justiniano, *dict.* §. *sed furti* 26. Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *dict. leg. inde Neratius* 23. §. *penult. leg. item veniunt* 20. §. 4. *de hæred. petit. l.* 5. §. 2. *de serv. corr.* Paul. *dict. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa factum est, *leg.* 1. §. 1. *cum seqq. deposit.* Postremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *dict.* §. *sed furti* 26. Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *leg.* 4. *Cod. de Cond. ind. & hoc text.* (2) Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo, quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum, ut qui ex his causis conventus solvisset quantumvis indebitum, non repeteret, quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum a se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet forte non ab eo, qui convenitur, sed ab alio, legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet forte minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam Interpretes notant. (3) Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta a matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *leg. cum is* 32. *de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *leg. in summa* 65. §. 1. *eod. leg.* 2. *Cod. de transact.* Excipiunt & causam judicati, sed male, quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maxime debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest; ut mirum non sit pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, vid. Cujacius *par. Cod. de cond. ind.* VIIN. Magis expeditum est cessare condictionem indebiti in pœnis, *leg.* 42. *ff. de cond. ind.* nec non in iis causis, ex quibus recensionem quidem habemus, petitionem autem non habeamus, *l.* 51. *ff. eod.* cujus rei exemplum est in *l.* 34. *eod.* HEIN.

Per damnationem) In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paulus 1. *sentent.* 29. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter seve-

severitatem judicii testatoris, hæredem suum dare damnatis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit qui inficiatur, quod testator tam enixe voluit, & severe impetravit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio) Constitutione Justiniani, quæ extat in *leg.* 2. *comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, quæ jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta [illegible], non extat; credibile est, Græce scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis) Religionis intuitu quo relinquitur Ecclesiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando, Groenevv. *de leg. abrogat. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. *Lib.* 4. *Tit.* 27.

Ratio Ordinis.

HUC usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmet ipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur ad eumdem modum quo *sup. lib.* 2. disputationem de acquirendi rerum dominio concludit titulus *per quas perf. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

T E X T U S.

De his qui sunt in potestate.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat, quod autem per liberos, quos in potestate habeamus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus ususfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur. scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

N O T Æ.

Quod autem per liberos) Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio est.

Patre actionem movente) Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constitutus, *leg. ult.* §. 3. *Cod. d. tit.*

Novellæ nostræ constitut.) *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per servos) Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominium pertinet, *t.* 1. & *passim de stip. serv.* & *sup. eadem tit.* ubi de hoc explicatum est.

Quam nostra decrevit constitutio) Theophilus [illegible], *discrevit*. Intellige autem *l. cum oportet* 6. *C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur §. 1. *sup. per quas perf. cuiq. cer.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ) Licet ex causa peculii adventitii filiofamilias proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, quod minus est, placet tamen, solum patrem actiones exercere, & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is prima adhuc ætate sit constitutus, vel longe absit, *l. ult.* §. *ubi autem* 3. *Cod. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc, cum Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ, vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem Novellarum titulo circumferuntur.

T E X T U S.

De bona fide possessis.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

NOTÆ.

1. *Per liberos homines, &c.*) Vid. *sup.* §. 4. *per quas perf. cuiq. acq.*

2. *Vel usum*) Abest a vetustis codicibus teste Accurs. & delendum. Constat enim ex operis servi, in quo nudum usum habemus, non aliter nobis acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra *l.* 14. *l.* 16. §. 2. *l.* 20. *de us. & habit.*

COMMENTARIUS.

Etiam per eos, qui a nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur; cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eorum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus *sub* §. *de iis autem* 4. *sup. per quas perf. cuiq. acq.*

Vel usum) Has voces a vetustis quidam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sane usuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim, ex operis servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quam si operis ejus utamur in re nostra, *l. per servum* 14. *l. si ita* 16. §. 2. *l. servus* 30. *de usu & habit.* vid. *sup.* §. 3. *eodem tit.*

TEXTUS.

De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit: veluti cum ita stipulatur,* Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur; tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIUS.

Si servus communis sit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, disces ex §. *ult. sup. de stipul. serv. & ibi not.*

Post nostram decisionem) Est *l. ult. Cod. per quas perf. nob. acq.* ubi veterum super re proposita controversiam decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatus, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam nominatio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato, ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio, cujus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS TRIGESIMUS.

QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. *Tit.* 2. 2. 4. *C. Lib.* 8. *Tit.* 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem tollatur obligatio.

Explicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur, commodum nunc subjungitur, quomodo recte ab initio constituta adstrahatur, ejusque nexu debitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio potuit; donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu tuitionem Prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis, interdum obligationis confusio, *l. fiunt* 75. *l. penult. de solut. l.* 7. *C. de post.* debiti oblatio & consignatio, *l.* 9. *C. de solut.* compensatio, §. *in bonæ* 30. *inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursus, *leg. omnes* 17. *de obligat. & act.* rei debitæ ante moram a debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati* 23. *de verb. obligat.* & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem liberamur testamento, pacto, sententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib.* 4. *tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat hi quatuor maxime celebres, solutio, acceptilatio, novatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

De solutione.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore, aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contigit, si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur) Ipso scilicet jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib.* 4. *tit. de except.*

Aliud pro alio) *L.* 17. *Cod. de solut.* Invito autem creditore aliud pro alio solvi non potest, *leg.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, *arg. l.* 1. *de contr. empt. l.* 75. §. *de verb. obl.* Sen. 6. *de ben.* 5. *Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

Vel invito eo) *L.* 23. *leg.* 40. *l.* 54. *de solut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *leg.* 39. *de neg. gest.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quam late pateat, & quid in specie denotet?*
2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse.* n. 8.
3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud quo re debita recte præstetur?*
4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.*
4 *Confirmatur hæc sententia adversus opinionem Alciati: etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*
6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*
7 *Interdum nec parte a volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando?*
9 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.*
10 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere? Et quid si alius pro emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet?*
11 *Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem?*

Tollitur omnis obligatio solutione) Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propositis, est solutio. Solutionis verbum generale est & speciale. (1) Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocunque modo factam pertinet, refertur que tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *leg. solutionis* 54. *de solut.* junct. *l. liberationis* 47. *l. solutionis* 175. *de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur, præstationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta sejungitur solutio a satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum* 45. *l. satisfactio* 52. *l. prout* 80. *&c. de solut. l.* 9. §. 3. *de jurejur. l.* 4. §. 3. *de re judic.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *omnis obligatio*, id est, cujuscumque ea sit generis, aut quomodocunque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

(2) *Ejus quod debetur*) Recte *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred. l. eum.* 16. *C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur *l. qui res* 98. §. *ult.* 6. *de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. creditorem* 99. *eod.* sed hoc casu intelligitur aliud pro alio solvi; vid. *sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sane nonnulli casus, quibus placet, debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit: veluti si res debita post moram periit, *l.* 8. *de cond. furt.* aut extat quidem, sed aliena est, & eam dominus non vendit, *l. si domus* 71. §. 3. *de legat.* 1. similemque rationem habet species *l. non amplius* 26. §. 2. *eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor, ut in casu *d. l. si domus* 71. §. 3. *in fin.* At vero extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. (3) Veluti in causa noxali, ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l.* 6. §. 1. *de re judic.* item in obligationibus faciendi: ubi si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, *l. stipulationes* 72. junct. *l. si insulam* 94. *de verb. obl.* Ad hæc sciendum est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, *leg. prout*, 80. *de solut l. nihil*, 35. *de reg. jur.* (4) ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam*, 21. *de reb. cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei obligatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adstruamus. Ajo igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. (5) Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullamque esse hujus oblationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l.* 3. *fam. ercisc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat, non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, *leg. credit.*, 99. *de solut.* Consentit auctoritas Modestini, *l. inter*, 41. §. 1. *de usur.* ubi diserte Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum est, solvere, & in specie *dict. leg.* 40. *de reb. cred.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l.* 9. *Cod. de solut.* obsignatione totius debiti solemniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *leg.* 4. §. 6. *de statut.* & quod in caussis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa; cum tribus quotannis vicibus

totæ exsolvantur, *leg. pen. Cod. de const. pecun.* partim *lib.* 11. (6) Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *leg. 5. Cod. de compens. leg. 7. Cod. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est, volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. Cod. de compens. l. 4. l. 11. & seqq. ff. eod.* Neque textus in *leg. ult. Cod. de distr. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum solidum, quod debet, offerente: nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in fine §. 1. *hoc tit.* id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittat: ut & illud, quod traditur *leg. 1. §. 1. de verb. oblig.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, aut pars rei in obligationem deductæ præstari & a creditore accipi possit, ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. quidem*, 21. *de reb. cred.* quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quod creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est *l. 8. si pars hær. pet.* (7) Illud in confesso, nec parte a volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solum natura rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, *l. 9. §. 1. l. si is cui*, 94. *princ. de solut. l. 2. §. 1. verb. oblig.* Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæc tres: obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipsa conditio, nec aliud sine manifesta injuria stipulatoris constitui posse, *l. 5. §. ult. d. verb. oblig. add. l. in executione*, 85. *eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, *dict. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de sol.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem*, 17. *de accept. dict. l. 2. §. 3. de verb. oblig.* An quod in idem debetur, etiam ante diem recte solvatur, dixi sub §. 2. *sup. de verb. oblig.*

(8) *Consentiente creditore*) Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, *l. manif.*, 17. *C. de solut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, *l. satisfactio*, 52. *de solut.* Enim vero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit: alioqui & manet pristina obligatio & manet pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, *l. si quis aliam*, 46. *eod. tit.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. si rem meam*, 20. *l. cum quis*, 39. §. 3. *l. qui decem*, 72. §. *pen. eod.*

Nec interest quis solvat, &c.) Non tantum debitor ipse recte solvit, sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, *l. manifesti*, 17. *C. de solut.* (9) Quinimmo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l. solutione*, 25. *l. si pro*, 40. *l. solvere*, 53. *eod.* idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis facere meliorem, *l. solvendo*, 39. *de neg. gest. d. l. solvere*, 53. *de solut.* Neque obstat, quod traditur in *l. invito*, 69. *de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ a legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur *l. om. C. de pact.* Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum*, *act. 3. sc. 2.*

Nullum beneficium
Esse duco, quod cui facias, non placet.

Item illud Senecæ 2. *de benef.* 19. *Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium dare, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Cassiod *l. 5. ep. 39. Non est defensio, quæ præstatur invitis. Subjectum est, quod patiuntur nolentes, &c.* & alibi: *Non est beneficium, quod præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit invitum & repugnantem liberari. Plane si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad aliud inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Senec. 5. *de benefic.* 20. *Non est*, inquit, *dubium, quin beneficium sit, etiam invito prodesse.* Idem *lib. 6. cap. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima esse, quæ a parentibus accipimus; dum aut nescimus aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente) Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset; ut ex hoc loco & præcitat. leg. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur *leg. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diversus, scilicet cum quis alii solvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit a veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam: quod solvi pro solvente, repetere possim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato*, 20. §. 1. *l. si pro*, 40. *mand. leg. ult. C. de neg. gest.*

Ignorante debitore vel invito) Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime, quia nihil ejus interest, quis solvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. (10) Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit,

dit, *leg. 9. Cod. de solut.* Plane si creditoris intersit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverant, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens ut pignoris jure emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, *leg. lex vectigali, 31. de pignor.*) *argum. leg. 12. §. 2. vers. non solum, de usufr. & dict. leg. 31. de pignor.* simpliciter probandum non est: sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admittit, nam si recuset accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *leg. solvendo, 39. de neg. gest.* Ita sentio cum D. Tulden. *comm. hic c. 1.* Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit. Add. Jas. *in l. 2. Cod. de jur. emph. col. 20. q. 25.* Tiraquell. *de retr. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19.* add. D. Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 3.*

Qui pro eo intervenerunt) Idem puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *leg. in omnibus, 43. de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali, etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus) Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. (11) Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejussor expresse se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere, & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus, 28. mandat.* Ego vero cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet: ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Ant. Fab. *Cod. suo defin. 17. de fidejuss.* Mandati vero alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi causa, meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expresse nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligo; & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *dict. leg. 28. mandat. leg. Stichum, 95. §. propon. de solut.* quod secus est, si solutio facta sit a fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejussoribus, 17. leg. cum is, 36. l. ut fidejussor, 39. de fidejuss. leg. Modestinus, 76. de solut. cum similibus.* Vide *sup. §. si plures, 4. de fidejuss.*

T E X T U S.

De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere.* Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? *& Titius respondeat,* Habeo. *Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cæteræ. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut enim quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

N O T Æ.

1. *Per acceptilationem*) Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore, an id quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sic acceptum ferre. Definitio Modestin. *leg. 1. de acceptil.* obscurior est.

Consentaneum visum est) *L. 80. de solut. l. 35. de reg. jur.* Plane si quod ex alia obligatione debetur, & acceptum per acceptilationem fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, *d. l. 8. princ.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Explicatur Modestiana acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num. 7.*
5 *In forma acceptilationis quæ consideranda?*
6 *Materia seu objectum.*

(1) Etiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contigit ab eodem nexu absolutio, *leg. 1. de acceptil.* Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem; deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipienda existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana: quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obstare, quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur, *leg. 5.*

leg. 15.

leg. 15. *transact.* *l.* 3. *C. eod.* a acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujacius 5. *observ.* 36. Hotomann. 3. *observ.* 18. Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tamquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis, de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem; quam eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris, ut hæc sit sententia; acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est: acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditur, cui verbis quid promissum est, rogatus a debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. (2) Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant. *leg.* 1. *Cod. de accept.* qualia veteribus promiscue usurpata sunt, *acceptum facere*, *acceptum habere*, *leg.* 6. *l.* 7. *leg.* 13. §. 1. *& deinceps*, §§. *& leg. seq. eodem* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, *leg. si accepto*, 19. §. 1. *eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis: quibus stipulatio duplex est: una obligatoria, altera liberatoria. (3) D. Tuldenus dissolutoriam vocat *ad d. l. si unus*, 27. §. 2. *de pact.* Sed neque veterum usui, nec fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti in *d. l.* 27. §. 2. *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sint accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc factum est*. Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l.* 2. *l.* 6. *& pass. de novat.* ita & D. Cujacius in *d. l.* 27. §. 2. *de pact.* VINN. Sed ego nihil causæ video, cur acceptilatio stipulatio dici nequeat, sive finem, sive originem, sive formam spectes, recte hoc nomen feret. Finis est, ut caveamus nobis, velut securiores simus de promissione alterius, *l.* 1. §. 4. *ff. de stip. præt.* Hic vero aliter nobis promittit liberationem, & ut de ea securiores simus, solemni interrogatione utimur. Origo vocis *stipulatio* a *stipulo*, idest, firmo, non abludit a fine acceptilationis: nec forma hic alia quam in stipulatione, neque interrogatio, quæ ita essentiam stipulationis absolvit, ut veteribus stipulatio interrogationis nomine veniat. Sane in Glossariis vetustis ideo vocatur ἐπερώτησις vel ὁμολογία ἡ ἀπὸ ἐρωτήσεως. Adde Senec. *de Benef. lib. III. c.* 15. Admodum dilutum est, quod stipulatio ad obligandum, non ad liberandum sit comparata. Quasi enim, qui liberationem promittit, non sese obliget ad non petendum. Et quomodo non potest per acceptilationem eodem modo obligationem dissolvi, quo contrahebatur, si stipulatione non dissolvitur? HEIN.

Imaginaria) (4) Solutio naturaliter obligationem resolvit: acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l.* 7. §. 1. *de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l.* 5. *de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l.* 16. *eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor debitorem liberat, *l.* 12. *l.* 14. §. 1. *de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *princ. hujus tit.* At vero acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor; nemo liberari, nisi ipse creditor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato liberentur, aut liberent, *l.* 13. §. *tutor*, 10. *l. pen. de accept.* quoniam scilicet actus legitimi, solemnitas per alium peragi non potest, *l. nemo*, 123. junct. *l. actus*, 77. *de reg. jur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator speciale mandatum habens domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l.* 15. §. tutor, 10. & cave aliud colligas ex *l.* 3. *eod.* Cujac. 15. *obs.* 16.

Græce potest fieri) (5) Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis explicari potuit, sed postquam utilitatis causa acceptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulp. *l.* 8. §. *ult. de accept.* ubi ait, *hoc jure nos uti*, *ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto*, inquit *Græco posse acceptum fieri*, ducem hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l.* 1. §. *ult. de verb.* §. 1. §. 1. *sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l.* 4. *& l.* 5. *de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus*, 77. *de reg. jur.* Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum fieri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat quam si con-

si conditio exstiterit, aut dies venerit. Sed novum non est, ut [illegible] expressa non noceant, quæ aperte comprehensa [illegible], leg. 12. de [illegible]. leg. [illegible] de reg. jur. leg. expressa 195. eodem. Eleganter hæc explicat Dn. Brissonius leg. 2. de solut. [illegible] de [illegible].

Quæ verbis consistunt, non etiam cætera) Materia sive res quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum feratur & tertur: si aliud, quam quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, [illegible] 6. in fin. leg. 13. §. 2. [illegible], 5. eod. & hoc est, quod definitur in leg. 14. eod. nisi contentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi eorum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem: videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vide Joann. Wamel. cent. 1. cons. 73. num. 13. Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, l. [illegible]. eadem. Secundo id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: [illegible] convenit, eodem genere quamque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, leg. 8. §. 3. eod. [illegible], 35. de reg. jur. leg. prout, 80. de solut. Plane si, quod ex obligatione debetur, acceptolatum fuerit, etsi hoc debitori ipso iure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, leg. si acceptilatio, 19. [illegible] nam utilem acceptilationem saltem vim pacti haberi placuit, nisi quid aliud impediat, leg. 8. [illegible] eod.

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulationem [illegible]) [illegible] debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, obliquo tamen possunt, [illegible] medio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem [illegible] convertantur, [illegible] verbis [illegible], [illegible] verbis itidem [illegible] p[illegible].

Pro parte re[illegible]) Intellige, [illegible] credenter quæ de [illegible] dictum in exegesi pr. huius tituli.

Pro parte debiti [illegible]) D[illegible] [illegible] in parte [illegible] [illegible] l. 13. §. 1. [illegible] parte [illegible] [illegible] [illegible], [illegible] obligatio [illegible], l. [illegible] quæ hominem, 17. eod. quod in [illegible], l. 2. §. 1. de [illegible] l. 9. §. [illegible] de [illegible] rationem [illegible]. [illegible] [illegible] [illegible] est, si res in stipulationem deducta [illegible] [illegible], [illegible] [illegible], [illegible] [illegible] nullius esse momenti, [illegible] l. 13. §. 1. de acceptil.

T E X T U S.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulationem deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & a Gallo Aquilio ita composita est.* Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebitve, præsens, in diemve aut sub conditione: quarumcumque rerum mihi tecum actio est, quæve adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve: quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantum pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

C O M M E N T A R I U S.

O Aquilius Gallus homo Juris consultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia exstitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero lib. 3. de Nat. cap. 30. everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus, 29. de lib. & posth.* stipulationum formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est.

R novat omnes obligationes) Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de transact. l. 3. l. 4. Cod. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habeant, quam stipulatio.

Ita composita est) Exhibetur hic ex Florentino *l. 18. §. 1. hoc. tit.* formula stipulationis novantis, ut Aquilio [illegible] est: sic autem est concepta, ut nobis [illegible] veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum [illegible], multa ex abundanti sunt adjecta. Verba [illegible].

Quicquid te mihi ex quacumque causa) Causa negotium [illegible] & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l. [illegible]*.

Dare facere) Sine conjunctione hæc proferri solent, [illegible], veluti *uti frui*, [illegible], *dare facere*, &c. [illegible] autem, omnem obligationem vel in [illegible], vel in faciendo consistere.

Oportet, oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione) Verbo *oportet* præsens tantum debitum demonstratur, *leg. stipulatus, 76. §. 1. de verb. obl.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur, utrumque enim comprehendit, *leg. [illegible] de verb. signif. [illegible].* Hoc autem verbum *oportet* [illegible] facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris

[illegible]

condemnare, ſed ad veritatem refertur, *leg.* 87. *de verb. ſignif.*

Tecum actio, petitio, perſecutio. Actio in perſonam eſt, petitio in rem, perſecutio ad extraordinarias magiſtratuum cognitiones pertinet, *l. pen.* 178. §. 2. *de verb. ſign.* Nihil ergo eſt, quicquid aut in perſonam conſequi, vel vendicare, vel magiſtratu cognoſcente extra ordinem perſequi poteſt.

Quodve tu meum habes. Hæc abundant: ex ſuperioribus enim ſatis intelligi potuerunt, cum ſuum cujusque ſit, cujus vindicandi jus habet, *l. Quintus*, 27. §. *de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, poſſides. Tenere ad factum refert, poſſidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure poſſeſſionis & mera detentione, *l. habere*, 188. *de verb. ſign. l. ſtipulatio*, 38. §. *hæc quoque*, 7. & 2. *ſeqq. de verb. oblig.* quanquam hæc diſtinctio non eſt perpetua.

Dolove malo feciſti, &c. Dolus enim pro poſſeſſione eſt, ſemperque poſſidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus poſſideat, *l. parem*, 150. *leg. ad eo*, 157. §. 1. *de reg. jur.* Cetera per ſe ſatis plana ſunt. VINN. Adjiciemus tamen & de verbis ſequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit*, ad rerum actiones ſpectant, in quas non minus quam in perſonales hanc ſtipulationem conceptam fuiſſe jam Vinnius obſervavit. Cum itaque quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri nequeat, adeoque rem noſtram ſtipulari non poſſimus, §. 2. *Inſt. de inut. ſtipul. l.* 82. *ff. de verb. obl.* callide Aquilius æſtimationem pro re ſtipulari nos juſſit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud *Pariat. LL. Moſ. & Rom. tit.* 2. §. 6. legitur Nummius) Nigidius in formulis uſitatiſſima fuiſſe, illoque actorem, hoc reum ſignificari conſueviſſe, ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. HEIN.

T E X T U S.

De Novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti ſi id, quod tibi Seius debebat, a Titio ſtipulatus ſis. Nam interventu novæ perſonæ nova naſcitur obligatio, & prima tollitur, translata in poſteriorem: adeo ut interdum, licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti ſi id, quod tu Titio debebas, a pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit. Quo caſu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Non idem juris eſt, ſi a ſervo quis fuerit ſtipulatus: nam tunc prior proinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi eadem perſona ſit, a qua poſtea ſtipuleris, ita demum novatio fit, ſi quid in poſteriore ſtipulatione novi ſit, forte ſi conditio aut dies aut fidejuſſor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, ſi conditio adjiciatur, novationem fieri, ſic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, ſi conditio extiterit; alioquin ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres conſtabat, tum fieri novationem, cum novandi animo in ſecundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quaſdam de hoc præſumptiones alii in aliis caſibus introducebant, ideo noſtra proceſſit conſtitutio; quæ apertiſſime definivit, tunc ſolum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & ſecundam ei accedere, ut maneat ex utraque cauſa obligatio, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.*

N O T Æ.

3. *Novatione tollitur obligatio.* Sed ita, ut in locum ſubiatæ nova ſubſtituatur, *leg.* 1. *de novat.* Fit autem hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *dict. leg.* 1. *l.* 1. *l.* 5. & *paſſ. eod.*

Veluti ſi id. Non rationem formæ, ſed effectus, ut exemplum hoc eam declarat. Eadem ratione ſi expromiſſor non ſit, novatio; prior tamen obligatio tollitur: etiam in caſu delegationis; quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *leg.* 26. §. 2. *mand.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *In novatione quæ neceſſaria, & an aliter, quam per ſtipulationem præcedens obligatio novetur?*
2 *Veræ novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis conteſtationem: & quantum hæc differat a vera & voluntaria?*
5 *Quis effectus, ſi quis quod alius debet, a pupillo ſtipuletur ſine tutoris auctoritate, & cur diverſum ſit a ſervo?*
6 *Si ab eodem debitore quis ſtipuletur, quando novatio fieri intelligatur?*
7 *Quid novi juris a Juſtiniano conſtitutum circa novationes: ubi multa notatu.*

NOvatione quoque ipſo jure obligatio tollitur: ſed ita, ut in locum ſublatæ alia nova ſubſtituatur: eſt enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem converſio, *leg.* 1. *de novat.* Fit hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l.* 1. §. *l.* 2. *l.* 5. 6. 7. *l.* 11. & *paſſ. eod. l.* 1. *l.* 3. *l.* 7. *l. ult. C. eod. l.* 6. *C. ſi cert. pet.* (1) Ac proinde in novatione hæc ſunt neceſſaria; obligatio vetus, obligatio nova, & ſtipulatio, per quam illa in hanc transfertur. Vetus obligatio, qualiſcunque eſt, aut quomodocunque contracta, verbis novari poteſt, *l.* 1. *l.* 2. *de novat.* nec metuendum hic eſt, ne obſtet regula juris de diſſolvendis obligationibus, *leg. nihil*, 35. *de reg. jur.* Nam in novatione ſolutio quædam eſt, & quaſi naturalis præſtatio, *leg.* §. §. 3. *ff. ad. SC. Vellej.* qualis eſt, cum pro eo, quod debeatur, præſtatur aliud volenti creditori, *l.* 17. *C. de ſolut.* Nova quæ contrahitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil intereſt, *dict. leg.* 1. *in fin. de novat.* de quo pluſcula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc ſignificamus, ſola ſtipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene poſt alios defendit Goedd. *de contr. ſtip. c.* 5. *conclu.* 8. *n.* 90. & *ſeqq.* adverſus Bartholum in *dict. l.* 1. in contrarium adducentem *l. ſi mandatu*, 45. §. *ult. mand.* Tantum in contractibus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus conſenſus contractum diſſolvat: & alium ejuſdem generis conſtituat. *l.* 7. §. *adeo*, 6. *de pact. l. pacta*, 72 *de contrah. emp.* Hodie ſane etiam ſimplicibus pactis novationes fieri ſolent, adeoque frequentius quam per

N 2 ſtipu-

stipulationem, utpote cujus solemnitas pene exolevit, ut [illegible] DD. in l. singularia, 15. de reb. cred. tradunt [illegible] Gudelin. leg. 3. de jur. novit. cap. 12. [illegible] & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, leg. 2. in fin. l. 6. l. 8. §. 2. & ultim. l. 28. de novat. l. 3. C. eod. de quo item infra postea. 2 Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta prior perimatur, d. l. 1. eod. quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerant, simul evanescant: qualia sunt hæc: mora facta, periculum interitus rei debitæ, pœna ex priori obligatione promissa, usuræ ex eadem causa debitæ, privilegium, quod prioris actionis fuit, pignora denique & fidejussores, l. 8. l. si creditor, 15. l. novatione, 18. l. emptor, 27. l. aliam, 29. de novat. l. in omnibus, 43. de solut. Plane si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet, creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea licet ante novationem obligata sunt, l. 3. qui pot. in pign. & ibi Bart. Mynf. 1. obs. 59. Gaill. 2. obs. 30. n. 10. 3 Potest autem novatio dupliciter fieri, vel manente eodem debitore, vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, hoc text. [illegible]. Posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore, alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum [illegible] locum ejus subit: [illegible] si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet: sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore, l. 8. in fin. de nov. sive debitoris mandato, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, l. 11. eod. quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nullo consensu fit, l. delegare. 17. eod. sed non [illegible], id est, novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, l. 1. C. eod. Gail. 2. obs. 30. n. 8. Christ. vol. 4. dec. 180. n. 4. & 5. D. Tulden. comm. hic c. 8. 4 Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & [illegible] tribuitur. Est vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, [illegible] l. 3. C. de usur. rei jud. nam & [illegible] contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, l. 3. §. [illegible] 11. de pecul. Atque hæc [illegible] manente eodem reo, puta si ille [illegible] & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive [illegible], quæ species est delegationis: [illegible] 11. §. 1. de novat. [illegible] reo ignorante [illegible] etiam nolente, leg. solutione, 23. de solut. Ceterum hæc species novationis superiori longe dissimilis est, & secundum [illegible] dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet [illegible] in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates: veluti quod quæ tempore aut morte peritura [illegible], judicio in [illegible] salva manet, & ad heredes transmittitur, leg. omnes, 26. de oblig. & act. §. 1. inst. de perp. & temp. act. & quia [illegible] nova [illegible] actio judicati. prio[illegible], leg. post rem, 59. de re judic. l. 4. C. de usur. rei jud. [illegible] vero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur: per text. in l. fidejussores, 45. §. 1. de fidejuss. l. qui servum, 20. de [illegible] l. 2. C. de judic. [illegible] l. qui curasse, 26. §. ultim. leg. 27. l. 29. §. 1. de fidejuss. junct. l. eum qui, 30. [illegible] eod. junct. l. 2. cod. l. 8. C. de reb. cred. & dict. l. post rem, 56. de re jud. Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, l. 8. §. 3. de fidejuss. l. 13. §. 4. de pign. l. aliam, 29. de novat. fac. l. non solet, 86. & seq. de reg. jur. Christin. vol. 4. decis. 180. n. 2. Interpretes [illegible] has novationis species [illegible] distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam: cujus distinctionis fundamentum est in d. l. aliam, 29. de novat.

Interventu novæ personæ.) Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo: sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per exstipulationem & expromissionem: unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet [illegible] stipulatio inutilis. Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo, præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, l. inter, 26. §. 2. mand.

A pupillo sine tutoris auctoritate. (5) Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, **nisi in quantum factus est locupletior, constat**, l. 5. & 9. de auct. tut. At tamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus supr. ad §. pupill. 9. de inut. stip. & ideo quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, l. 1. in princ. & §. 1. de nov. Neque est contrarium, quod Paul. scribit in l. novare, 20. §. 1. eod. pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem, quod negat *Paul.* d. loc. sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate **expromittente novari obligationem** alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat, aut scire debebat, **non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita** tutoris auctoritate, per l. qui cum alio 19. de reg. jur.

Et posterior obligatio nulla est.) Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, l. 1. in fin. de novat. sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possunt: qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, l. quod pupillus, 41. de cond. indeb. quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius sub §. pupill. 9. de inut. stip. Quod si nulla hic succederet obligatio, **nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior** obligatio maneret in suo statu, d. leg. 1. per tot.

Non idem juris est, si a servo.) Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligatur natu-

naturaliter, *l.* 13. *de cond. ind. l.* 1. *de oblig. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *leg.* 3. §. 1. *de pact. l. ult. hoc tit.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit, cujusmodi sunt, si servus pro libero se gerens judicio conventus & condamnatus sit. si in arbitrum compromiserit, *l.* 3. §. *si servus*, 8. *de pecul.* si cum conveniretur, jusjurandum adversario detulerit, *leg.* 5. §. 2. *dict. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens, *l.* 3. §. *si filiumfam.* 5. *eod. tit. l. servus*, 19. & *seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona*, 30. §. 1. *de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculii administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat.* junct. *l. servus*, 16. *eod. l. fugitivus*, 19. *de solut.* & facit *leg. servus*, 20. *cum l. seq. de jurejurand.*

(6) *Si eadem persona sit, a quo postea stipuleris, &c.*) Sententia hujus loci hæc esse videtur, si idem debitor sit, a quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, detractusve: nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat: quamtumvis cum eodem debitore stipulatio postea sit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem a te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligatione verborum; utique si de jure veteri quæratur, *arg. l.* 6. & 7. *de novat.*

Si conditio aut dies) Stipulatio etiam novationis causa non tantum pure, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, pure novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. g.* 5. *l.* 18. §. 1. *l. quoties*, 14. *per tot. l. novatio*, 25. *leg. si rem*, 31. *de novat. l. Juliam*, 60. §. 1. *de cond. indeb.* Late & eleganter D. Brissonius *lib.* 2. *de solut. tit. de novat.*

Dubium erat, quando novandi animo) In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l.* 2. *in fin l.* 8. *princ.* §. 2. & *ult. l. fundum*, 28. *de novat. leg.* 3. *C. eod.* (7) Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio, veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum*, 58. *de verb. oblig.* vid. D. Ant. Fab. 3. *conj.* 3. Justinian. vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundum ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendam censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videatur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim si posterior obligatio quædam repugnantia elidat priorem, & potius est, ut dicamus, Justinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpe fallit. Vid. Gail. 2. *obs.* 30. *n.* 1. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 180. *n.* 6. & *seqq.* Tulden. *Comm. hic cap.* 7. ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartholus quoque in *l. delegare*, 11. *de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem, quem sequuntur Zas. *in l.* 11. *num.* 11. *de reb. cred.* Gail. *d. l. loc. n.* 9. Wesemb. *parat. de novat. n.* 8. *Curia Holland. decis.* 28. Et sane illa legis verba, *vel aliam personam habuerit, vel mutaverit*, commode de persona fidejussoris explicari possunt, add. Bachov. *ad Troutl. vol.* 2. *disp.* 29. *obs.* 6.

Ut maneat ex utraque causa obligatio) Sicut jure veteri obligationes censebantur, *leg.* 2. *in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. Gail. *d. l. n.* 5. & 6. Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l.* 7. §. *ult. de novat.*

T E X T U S.

De contrario consensu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur; contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis: deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut descenderetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem si in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

N O T Æ.

4. *Re nondum secuta*) Id est, si nihilum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, *d. l.* 58. *in fin. de pact.* Vide *infr. de comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*
2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.*

QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. (1) Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli,

l. Stichum 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* quod nihil aliud est, quam [illegible] pactum, [illegible] conventionem dicimus, quod æquum est, atque [illegible], nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. cum pactum* 40. §. 1. *l. qui* [illegible] 52. §. 2. *de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale* 35. *de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum* 95. §. 4. *de solut.* Non adversatur *l. si unus* 27. § 2. *de pact.* [illegible] quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur. Vid. *inf. sub tit. de replicat. in princ.* VINN. Atqui & fidejussoris obligatio mutuo principalium contrahentium consensu solvitur, cum tamen fidejussor non consensu, sed verbis obligetur, *l.* 3. *ff. de resc. vend. l.* 94. §. *ult. ff. de solut.* Sed in promptu est responsio. Fidejussoris obligatio non tollitur mutuo consensu, sed obligatio principalis, cui fidejussor accedit. Sublata autem obligatione principali, accessoria ipso jure expirat, *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *ff. de reg. jur.* HEIN. De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* dummodo rebus integris a contractu habeatur, *l.* 7. §. *adeo* 6. *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout* 80. *de solut. d. l.* 35. *de reg. jur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse, tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote a jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione qua nullam subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc recte defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure Prætorio constituitur nuda conventione, *leg.* 1. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur, *leg. si tibi* 17. §. 2. *de pact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo quod directo tendit ad dissolutionem pignoris. Vid. Neguz. *tr. de pign. part.* 6. *memb.* 3. *num.* 3. Bachov. *lib.* 5. *de pign. cap.* & *in comm. ad tit. de pact. cap. de pact. rel.* De furto & injuriis lex 12. Tabular. pacisci permisit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipsum jure tolluntur, *d. leg. si tibi* 17. *de pact.* junct. *leg.* 6. *leg.* 7. §. *si pacisc.* 14. *in fin. eod.*

Contraria voluntate) Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l.* 1. *Cod. quand. lic. ab empt. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *Cod. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.

Re nondum secuta) *l.* 7. §. *adeo* 6. *de pact. l.* 3. *l.* 5. §. 1. *de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *leg. ab emptione* 58. *pact. l.* 1. & *l.* 2. *C. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* id est, si nihildum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res a venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. leg. ab emptione* 58. *in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *leg.* 3. *de resc. vend. l.* 11. §. *is qui* 6. *de act. empt. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.*

FINIS LIBRI TERTII.

ARNOLDI VINNII JC.

IN LIBRUM QUARTUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 2. *Cod. Lib.* 6. *Tit.* 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.

EX quatuor caussis obligationum propositis §. *ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt: contractus, & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet, & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel *publicum*, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publice in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel *privatum*, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet; quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia: quod contingit fane per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea caussa debetur, sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

Cum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis sunt; nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

Quæ ex delicto) Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria,) Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua, de quibus *lib. 47. ff.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci?*
2 *Summa hujus tituli.*

HÆ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*) Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, caussis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut litteris, aut solo consensu, *§. ul. sup. de oblig.* 1 Quæ vero ex maleficio oriuntur, si caussam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæ omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse, aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti: sed ut teneatur, necesse est, contrectatio interveniat, *l. si quis 52. §. neque 19. de furt.* Similiter, si quis verbis aut litteris confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur actione injuriarum, sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus 37. §. 2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Utut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l. 1.*

§. 1. l. 3. §. si quis 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libell. tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionem 25. §. 1 de obligat. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

(2) *Furto, rapina, damno, injuria*) Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque, quid illud sit, & quotuplex: quæ ejus pœna; quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus, & a quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

1. Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione; & quid inde? tum quis contrectare dicatur.*
2 *Furtum non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta ablata? &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

Auctor hujus definitionis est Paulus, *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2. sent. tit. 31.* furem sic definivit: *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

(1) *Contrectatio*) Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare est rem manu tractare & e loco movere, *l. 3. §. si rem 18. de acquir possess. l. thesaurus 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti, *§. 2. sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. si quis 52. §. neque 19. hoc tit.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l. vulgari. 21. §. qui furti 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. 2. l. inficiando 67. eod. d. l. 3. §. si rem 18. de acquir. possess.* Plane, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris 21. §. item si hoc tit.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam surripit, & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam a domino accipit, alteri dandam, solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis 52. §. Julianus 16. eod. l. 7. Cod. eod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub §. furtum 6* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus 43. §. 2. eod.*

(2) *Fraudulosa*) Fraudulosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest. Vid. *infr. §. aliquando 10.* Sed & si cum esset aliena, suam qui esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si 25. §. scire 6. de hær. pet. §. 2. sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria 53. hoc tit.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, *§. placuit 7. inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit; cum, qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum 77. eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est saccum furari, tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernantur furtum a rapina, actus clandestinus a violento, [illegible]. Procl. *in Parmen Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. dolo 8. vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occulte fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

(3) *Lucri faciendi gratia*) Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum a cæteris maleficiis separant, *l. 8. §. 2. arb. furt. cæs.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliquid genus delicti cadit: si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum 39. l. qui injuriæ, 53. hoc tit. l. 5. §. ult. l. 41. ad l. Aquil.* (4) A lucri studio, ac proinde etiam a crimine furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *c. 3. x de furt. c. 26. de consec. distinct. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat, & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deuteron. c. 23. vers. pen. ult.* & Plato *8. de legib.* add. Covarr. *in cap. peccatum 5. de reg. jur. in 6. part. 1. §. 1. num. 3.* & Grot. *2. de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6. & 7.* (5) Illud sciendum est, ut maxime res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, *l. 1. §. Scævola, 15. si is qui test. lib. l. 14. §. si res, 14. l. hæreditariæ, 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & ult. expil. hær.* Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui rem hujusmodi surripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vendicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, *leg. falsus 43. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic cap. 8.*

Vil

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve) Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus, aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt *in §. furtum 6.* possessionis, *§. aliquando, 10. inst. l. furtum, 74. hoc tit.*

(6) *Lege naturali prohibitum*) Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum, 42. de verb. signific.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri, detrahere sui commodi causa. Cicero *lib. 3. offic. c. 5. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes, augeamus.* Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. *l. 11. cap. 18.* id rationem communem non mutat: neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui *sub tit. 2. lib. 1.* Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt, aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes a furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, jussit nomen suum profiteri apud furum principem, atque ad eum res surreptas e vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib. 1. biblioth. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium, neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque a pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere; quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat; ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de republ. Lacedæmon.* VINN. ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum esse negat ἄτοπα Salmas. *de usur. cap. 9.* puta, quod ipsum dominium non natura, sed hominum voluntas introduxerit, sine dominio autem furtum non intelligatur. Enim vero cum jus naturæ vel absolutum sit vel hypotheticum, facile patet, posito dominio, furtum ipsi rectæ rationi non absolute, sed hypothetice adversari. Vid. Puffendorf. *de Jur. Nat. & Gen. Lib. 3. c. 3. §. 24.* HEIN.

T E X T U S.

Etymologia.

2. ***Furtum autem**, vel a furvo, id est, nigro dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: vel a fraude, vel a ferendo, id est, auferendo, vel a Græco sermone, qui φῶρας appellant fures. Immo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.*

C O M M E N T A R I U S.

Traditur hic quadruplex furti etymologia ex *leg. 1. princip. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel a *furvo*, vel a *fraude*, vel a *ferendo*, vel ab antiquo Græco verbo φῶρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in *d. l. 1.* furtum a furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib. 1.* confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib. 14. de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *l. 9. Æneid.* ad illud Virgilii *vers. 350. Hic furvo fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus *dict. l. 1.* quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod a ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optime convenit. Postrema, quod fur a verbo Græco φῶρ per affinitatem litterarum dictus sit, placet Gell. *lib. 1. cap. 18.* ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit a furvo. VINN. Vere fures a *ferendo* vocati. Hinc ipsos servos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, *Scalk* quod quum olim servum, famulum, ministrum notarit, eaque significatio etiamnum supersit in nominibus, *Mareschallus, Seneschallus, Gottschallus, &c.* hodie non nisi in sensu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

T E X T U S.

Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit; veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Immo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel a domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum est, id scilicet nec manifestum est.*

N O T Æ.

3. *Quam genera furtorum*) Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib. 2. sentent. 31.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ secundum praxim hodiernam?*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum?*

(1) Furtorum tantum duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum, *l. 2. eod.* nam, ut hic indicatur, & latius explicatur *§. seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes:

tes. neque inter duo [illegible] genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diversis scilicet tempore & actione, *l. vulgaris* 21. [illegible]. Plane furtum varie [illegible] di potest, veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum, aliud domesticum, aliud non domesticum. Di[illegible] & a ceteris furibus abigei, [illegible], saccularii, directarii; atque [illegible] extra ordinem puniuntur, [illegible] *& seq. [illegible] l. 7. [illegible] crim.* [illegible], sacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum. §. 9. & 10. *Inst. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & [illegible] furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans accedit. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. *prax crim. cap.* 110. *de Baron. [illegible] hic part. ult.*

2 *Manifestus fur est*) Descriptio furis & furti manifesti, ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu [illegible] deprehenditur; tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum; postremo & eum, qui, quamvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc definitio est ex *l.* 1. & 2. *seqq. de furt.*

[illegible] *appellatur*) Hoc est [illegible] in ipso [illegible] [illegible], [illegible] deprehensum in adulterio Papinianus appellat, *l.* 8. *de præs.* [illegible]. Paulus de eo, qui [illegible] deprehensus [illegible], hoc explicat, *d. l.* 5. *in pr.* [illegible] Hesychius, [illegible], inquit, [illegible]. Usurpatur & deprehensus in alio quolibet [illegible] crimine, ut Novell. Leonis [illegible].

[illegible] *deprehensus*) Non solum prehensio, sed etiam [illegible] furem manifestum facit, [illegible] cum ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto [illegible] fugit, *l.* 7. §. 1. & 2. [illegible]. Servius in [illegible] Virgil. *E*[illegible] 3. [illegible] manifesta, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel a [illegible], vel ab alio) Nihil refert, a quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an a vicino, aliove quolibet [illegible], *l.* 5. §. 1. *l.* 7. §. *ult.* [illegible]. Itaque quod de [illegible] furtum mihi [illegible] [illegible], *l.* [illegible] 24. §. [illegible] il exempli [illegible] [illegible]. Neque hac ratione [illegible] per alterum [illegible] [illegible] §. 4. & [illegible], *[illegible] de [illegible]* [illegible], qualiscunque ea sit, delictum tantum qualificat.

3 *Nec manifestum furtum quid sit, &c.*) Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarii, ex contraria sui definitione, intelligitur, *l.* 8. *h. t.* Sed & aperte [illegible] *præm. præ*[illegible]. [illegible] Justinianus ait, eum, qui [illegible], [illegible], tamen [illegible] cum re furtiva deprehenditur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus *l.* 5. §. 2. [illegible] [illegible], *l.* 4. [illegible] [illegible] eo pervenit, quo destinaverat, eo die [illegible]. Quare [illegible] iterum [illegible], & [illegible] deprehendatur, non erit fur manifestus. [illegible] apud Gellium *lib.* 11. *c.* 18. *Manifestum, inquit, furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri cœperat.*

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto Prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Cum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: cum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furto cohærentes, didicimus §. præc. quamvis Paulus 2. *sent.* 31. & Cajus 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibitio scilicet, & non exhibitio.

Furtiva res quæsita & inventa) Is apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc.* *Concepti, inquit, actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item, *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta) In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum) Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hinc ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati: cujus vis in triplum item erat, ut docent Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio) Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datam fuisse, docuimus alibi ex Plaut. *Pœnul. Act.* 3. *sc.* 1. *v.* 54. *seq. Act.* 1. *sc.* 1. *v.* 55. *Act.* 3. *sc.* 4. *v.* 27. *sc.* 5. *v.* 39. *sc.* 6. *v.* 15. in quibus locis alii actionem lexvi corrupti, tanquam ca-

pu-

put secundum legis Aquiliæ non invenisse videatur. Vid. Thom. add. h. t. ad h. l. & adde Elementa nostra Juris lib. 4. §. 1058. HEIN.

In desuetudinem abierunt) Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant, & inde nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

Requisitio rei furtivæ secundum veterem observationem) Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim Tabularum, teste Gellio *d. loc. & lib. cap.* 10. Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamiliam, aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib.* 11. *de legibus*; sic scribit. ... Id est, si quis furtum apud quempiam venit quærere, is id facit nudus, aut licium habens, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius *d. c.* 10. ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipsum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib.* 4. *hoc tit.* Ingeniosa quoque & erudita sunt, quæ ex instituto de illo disseruit Vir Clar. Arb. Willingius in libro singulari *de furto per lancem & licium concepto*. Non una utriusque hypothesis. Sed quis prohibeat in re tam vetusta hariolari? HEIN.

Furti nec manifesti obnoxii sunt) Quid si rei criminis plane convinci non possit, adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur, Dom. Tulden. *comm. h. cap.* 13. post DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

NOTÆ.

5. ***Tam ex servi, quam ex liberi***) Hoc dicens respicit ad pœnam furti manifesti ex lege 12. Tabularum, qua servi e saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. c. 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap.* 3. *Exod. & c.* 5. *Deuteron.*

COMMENTARIUS.

1 ***Furta varie multata etiam apud Romanos, a Decemviris, a Prætoribus, & n.*** 5.

2 ***Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cæptum, & tandem civiliter agi desitum.***

3 *Quæ furti pœna ex constitutionibus Friderici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur?*

4 *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod **fures interdum etiam morte afficiantur.***

PŒna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. 1 Nam alii pœna pecuniaria tantum, alii flagellatione, alii fustigatione; alii effossione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta mulctarunt. Vide Alexand. ab Alexand. 6. genial. dier. 10. Bodin. 6. de rep. 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset, servos furti manifesti prensos cædi, & e saxo præcipitari: furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. Cæterum Prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos irrogatam reliquerunt. 2 Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cæptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coerceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. *Novell.* 134. *cap. ult. auth. sed novo Cod. de serv. fugit* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. 3 Extat Friderici Imperatoris constitutio *lib.* 2. *Feud. titul. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi: eum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive ut Hotomannus legit, tonderi, §. *ultim. dict. titul.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *cod. lib. Feud. tit. de pac. tenend. inter sub. tit.* §. *injuria seu furtum*, 1. Quod autem plerique Fridericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. Lud. Gomez. *ad* §. *ex maleficiis*, 18. *num.* 3. 4. & 5. *instit. de act.* Clar. §. *furtum, num.* 7. Schneid. *in* §. *ult. hic tit. num.* 6. id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fridericus facit. Recentior est constitutio Caroli V. qua cavetur, ut fures præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art.* 157. *& seqq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius casti-

castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad dict. §. ex malefic.* 28. *n.* 4. Chassan. *ad consuetud. Burg. rubr.* 1. §. 5. *col. simplex*, *n.* 2. Clar. *dict. §. furtum*, n. 12 Covarruv. 2. *resolut.* 9. *n.* 7. & 10. *num.* 2. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 110. *num.* 28. & *seq.* Gudelin. 5. *de jur. nov.* 19. (4) Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria fures plecti jubeat, *ex cap.* 22. Verum respondent alii, nos legibus pœnalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coerceantur; satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur, gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus, quibus proinde fas sit, severius delicta puniri, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderent publice id expedire, neque mitiore ratione cives a flagitio deterreri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolute, & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives a delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum, sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. c. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere ... id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta*, 16. *in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam disserit: Cæcilius apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. ubi ait acerbitatem ulciscendi maleficii plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. Covarruv. 2. *resolut.* 9. *n.* 7. Dan. Moll. 1. *semest.* 37. *n.* 5. & *seqq.* Wesemb. *par. de fur. in fin.* late Lud. Molin. *de just.* & *jur. tom.* 3. *tract. disput.* 2. Parey *in Cod. de furt. n.* 15. & *seqq.* VINN. Frustra ad leges Mosaicas forenses provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores postulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæstina æqualiter fuerat inter omnes distributa: cuique familiæ agri pars sorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant posteri ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus esset a luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ simplicitate paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam sufficere visam supremo legislatori ad Israelitas in officio retinendos. Quam diversa rerum publicarum nostrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ sufficiunt? HEIN.

Tam ex servi, quam ex liberi persona) Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege duodecim Tabularum. (5) Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat: servi e saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At Prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nullam facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *Inst. tit. de nox. act.* Quod si quis furti a servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

T E X T U S.

Quomodo furtum fit? De contrectatione?

6. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur, sive is qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit; quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

N O T Æ.

6. *In alium usum transferat*) Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *dict. l.* 54. §. 1.

Qui in aciem) Cujacio legendum videtur: *Qui in Aricia acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam constans est hæc lectio, *in aciem*. Theoph. ...

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur?*

FUrtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa: verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ex re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib.* 11. *cap.* 18 *Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.) Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. *ult. supr. quib. mod. re contr. oblig.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem

quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. uni jumenta*, 40. *leg. si pignor*, 54. *l. qui re*, 76. *hoc tit. l.* 7. *Cod. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere; quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri, & beneficii sui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *dict. leg. si pignore*, 54. §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa) *L.* 5. §. *quinimmo*, 8. *commod. dict. leg.* 40. *hoc tit.* Gell. *lib.* 7. *cap.* 15. Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib.* 8. *cap.* 2. & Symmach. 7. *ep.* 69. furti quendam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usufque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esse. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei e loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contrectata est, puta a creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut a commodatario excedente præscriptum utendi modum. (1) Excipit D. Tuldenus *comm. hic cap.* 2. fraudem publici tabularii; & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignorata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit, interest, id factum non esse. *Zypæus nos jur. Belg. de furt. vers. res.* Auton. *confer du droit. in l. qui jumenta*, 40. *hoc tit.* Groenevv. *dell. abrog. hic*.

T E X T U S.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint; ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum; ac si permissurum crederent, extra crimen videri: optima sane distinctione: quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

N O T Æ.

7. *Sine affectu furandi*) *leg.* 37. *de usuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως. Plessus cum facto etiam animum furis exigit, *l.* 41. *ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi causa; *leg.* 29. *eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l.* 53. *eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Species quædam notabilis.*

CUm furtum sine animo & affectu furandi χωρὶς κακῆς προθέσεως non committatur, *leg. furtum*, 37. *de usuc.* neque tam factum quæratur quam faciendi causa, *leg. verum est*, 39. *hoc tit.* recte dictum est, eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse sive falso id sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *leg. inter omnes*, 46. §. *recte*, 7. *eod.*

(1) *Rebus commodatis aliter uterentur*) Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino invito, *leg. qui re*, 76. *eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam suis fi causa ex ædibus alienis amoveat hoc obtentu, quod dicat, se putasse dominum id permissurum esse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum esse, cum Joann. Fab. & Aug. *hic* per text. generalem in *dict. leg. inter*, 46. §. *recte*, 7. *hoc tit.* alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg. leg. qui vas*, 58. §. 3. *eod.* Nam, ut recte ait Bald. in *leg.* 6. *Cod. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l.* 5. *Cod. de injur.* Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote qua pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post Bart. *in dict. leg. inter*, 46. §. *recte*, 7. *hoc tit.* & DD. *in l. transigere*, 18. *Cod. de transact.* concludit Gomez. 3. *resol.* 5. *num.* 2.

T E X T U S.

De voluntate domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum fieri. Unde illud quæsitum est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret: & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hoc dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentum super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior a sollicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducunt, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ejusmodi impunitate & in alium servum, qui facile possit corrumpi, tale facinus a quibusdam perpetretur.*

N O T Æ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente*) Pomponius *l.* 46. *pen. eod.* ait, furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse: quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, *arg. l.* 145. *de reg. jur.*

Neque servi corrupti) Quippe qui ei tantum a Prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, *l.* 1. *de serv. corrup.* quod hic factum non est.

Per nostram decisionem) *L.* 1. 10. *C. de furt.* ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tanquam si in re ipsa, &c. corruptus) Si autem servus

vus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptorem judicium daretur, l. 1. de serv. corrup.

COMMENTARIUS.

1 *Eum, qui rem alienam, licet insuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non teneri.*

2 *Cur hoc casu non [illegible] sollicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneatur [illegible]?*

QUod hic ait Justinianus, furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. (1) Neque enim negari potest, quin revera furtum faciat, & proinde conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi ipso ignorante dominus id insuper noverit, quod & Pomponius fatetur l. inde, 46. § pen. h. t. Cæterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse, quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiam id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, arg. l. [illegible] nemo, [illegible] de reg. jur. Sunt [illegible] & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis a magistratu denegatur, vid. l. 1. [illegible] l. furti, 17. l. si [illegible], [illegible] hoc tit. § [illegible]

[illegible] quæsitum, [illegible]. Quoniam [illegible], furti obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet fur ipse ignoret, quæsitum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehenderet. Quibusdam visum [illegible] actionem non magis hoc casu competere, quam superiore, quia [illegible] furtum factum est, furti agere non potest. [illegible] vero contra, quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehenderetur. Simul [illegible] quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hypothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, a Prætore [illegible] adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, l. 1. de serv. corrupt. Veteribus placuit non teneri, quia Prætor de eo tantum loquitur, a quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem, [illegible] cum servo [illegible]; sed non [illegible] [illegible]; [illegible] quod hic [illegible] [illegible] [illegible]. Cæterum [illegible] l. [illegible], 20. Cod. h. t. [illegible] [illegible], vel [illegible] tam [illegible] [illegible] est, [illegible] corruptione [illegible] is [illegible] revera [illegible] non [illegible], hac ille tamen [illegible] [illegible], [illegible]; ut [illegible] Quæstionem [illegible] hoc casu [illegible] [illegible]. Quantum scilicet deterior, si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit: De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: velut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.*

COMMENTARIUS.

SI filiusfamilias furto [illegible] sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulpianus l. 14. §. si [illegible] hoc tit. Cujus rei ratio ex jure antiquo [illegible] est, quod filius instar servi in patris manu, potestate sint, vindicari potuerint, hac adjecta clausula, Ex leg. Quiritium, l. 1. §. 2. de rei vind. Ob furtum igitur filiorum triplici[ter] agi potest. Judicio criminali extra ordinem, l. ult. hoc tit. judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, l. un. C. ad leg. Fab. de plag. & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, l. 1. §. sed cum, 5. de his qui effud. multiplicabitur hic secundum Interpp. id quod patris interierit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, l. mater, 38. de furt. Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non nisi vero domino competit, l. 38. §. 1. [illegible] VINN. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuisse verum liberorum dominum, cum & vindicare eos & dominium [illegible] mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiorum dominus quam tutor rei pupillaris, vel b. f. possessor, quibus tamen condictionem dari patet ex l. 56. §. pen. ff. de furt. l. 136. ff. de R. J. Ratio itaque est, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, de liberis exhibendis & ducendis. Aut enim in furis manu erat filius susceptus, aut non erat. Si erat, cur maluisset pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat, frustra egisset ad præstandam æstimationem, quam liber homo non recipit. HEIN.

TEXTUS.

De re propria.

10. *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit, velut si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

NOTÆ.

10. *Quam creditori pignoris causa*) *Leg.* 12. §. 2. *dist.* l. 19. §. *penult.* l. 79. *de furt.* Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. 2. *sent.* 31. Aristot. 5. *Eth. ult.*

COMMENTARIUS.

QUi rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, l. itaque, 12. §. 2. l. in actione, 19. §. pen. l. si debitor, 79. l. creditor, 8. h. t. Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendiderit. nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, d. l. in actione, 29. §. ult. l. si is qui, 66. in pr. eod. l. 6. C. pro socio. Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. sent. 21. Arist. 5. Eth. ult. Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

Ff 2

T E X T U S.

Qui tenetur furti. De eo cujus ope, consilio, furtum factum est.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas exciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, aut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque* **hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.**

N O T Æ.

11. *Ut alius eos raperet*) Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *dict. l. 27. §. 21. ad leg. Aquil.*

In factum actio dari debet) *D. l. 50. §. ult.* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aquil. l. 51. de furt.*

Vel ipsas fenestras, &c. *L. 50. §. penult. 54. §. penult. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Verba*, ope, consilio, *separatimne accipienda, an conjunctim?*

2. *Explicatur homonymia verbi* consilium, *& ejus secundum singula significata indicantur*, *& n. 3.*

Nonnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit: velut is, cujus ope, consilio, furtum factum est: in quem proprie est hæc formula, *ope, consilio ejus, furtum factum esse*, *l. si servus 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, ope, consilio, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet, separatim accipienda, id que convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sape 53. §. ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat, *l. si quis, 52. in prin. §. recte verius, 19. hoc tit.* [illegible] *vel consilium dare*, & clarius in *l.* [illegible] ubi etiam alibi hæc sic distinguit: *Consilium*, inquit, [illegible], *qui persuadet & impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet*, [illegible] *40. §. penult. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum is cujus ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur, ut *l. qui servo 36. in fin. pr. d. l. in furti, 50. §. 1. d. l. si servus, 27 §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* atque ipse adeo Paulus in *d. l. sape, 53. §. ult. de verb. sign.* cum ait post veterum auctoritatem eo perventum esse, *ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse nocere, nisi & factum secutum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel iniquum consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope, consilio*, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *dict. l. sape, 53.* aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*. Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio est. (2) Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum, seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest opem furti ferre sine consilio, *l. in furti, 50. §. 2. [illegible] 54. §. penult. hoc tit.* ver. gr. qui furi ferramenta commodavit, ignorans cujus rei gratia commodata peterentur, furti non tenetur. Atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *dict. l. sape, 53. §. ult. de verb. sign.* Nonnumquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit; quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem, quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proxime ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *dict. leg. in furti, 50. §. pen.* Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat: utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio a furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui servo, 36. [illegible], 52. [illegible], 19. hoc tit. d. leg. sape, 53. §. ult. de verb. sign.* Quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primam [illegible] consilii intelligit malignam voluntatem & scientiam opem ferentis, mox [illegible] ad furtum faciendum, [illegible].

Qui tibi nummos excussit, &c. *L. si quis, 52. §. qui, 13. hoc tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus, 27. §. si quis, 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. cap. 18.* [illegible] furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ, tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset.

Qui panno rubro) *L. in furti, 50. §. ult. hoc tit.* Tauros & boves rubicundi coloris aspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira cap. 30.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de Divin. cap. 16.* cum quærit an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit?

Per lasciviam) Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt, fecerit,

non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti*, 56. §. ult. Quod si res ita perierit, ne ad aliquem pervenire, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *leg. si servus*, 27. §. *si quis*, 21. *ad leg. Aquil. l. nam.* & 51. *hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit) Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effringendum ostium vel armarium; vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad ascendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *leg. si pignore*, 54. §. *pen. eod. tit.* VINN. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; manifestum sane est, non conjunctim opem & consilium in jure nostro requiri, sed alterutrum sufficere ad instituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obs.* II. 30. Bachov. *ad Treutlerum. Vol. 2. disp.* 30. *p.* 315. *sequ.* Concidunt itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. *Isagog.* IV. 25. Donell. *Comm. FV.* 29. HEIN.

Tantum consilium dedit atque hortatus est) Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtem faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicue ostendit hic noster textus; quem proinde male nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent Interpretes.

T E X T U S.

De his, qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenientes ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

N O T Æ.

12. *Sed furti actio non nascitur*) Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l.* 17. *de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l.* 16. *eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l.* 14. *de judic. l.* 52. §. 5. *de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*

2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*

3 *Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.*

(1) Servi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi*, 17. *hoc tit.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrif. furtum facientes actione furti convenire posse, *l. si libertus*, 89. *eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum*, 16. *eod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest; at potest aliquando patris lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l. 4. de judic.* (2) Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Dici potest, utili actione eum teneri, cum habeat: unde satisfaciat, *l. si quis*, 42. §. *sed qui*, 5. *hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l.* 52. §. *an autem*, 5. quod tamen, ut recte plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l.* 5. *de obseq. par. præst.* VINN. Sed quæ ratio adversus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non satisfacit sane, quod affert Vinnius, patronum habuisse jus coercendi. Nam nec id expeditum est, & saltim, quoad clientes & mercenarios, falsissimum. Ratio itaque unice in eo quærenda videtur, quod hujusmodi furtum esset domesticum, adeoque mitius videretur puniendum, *l.* 11. §. 1. *ff. de pœn.* Quamvis vero ea lex de criminali persecutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famosa actione pulsari potuerint. Suffecit ergo & hic actio in factum. HEIN.

Si vero ope & consilio) *L. qui servo*, 36. §. 1. *h. t.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit vere in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis*, 52. *pr.* junct. *leg.* 1. & 2. *de Act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam aliam mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi, tamen leges, præsertim si viliora sunt, publice ea vindicari vetant, *leg. perspiciendum*, 11. §. 1. *de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrifam. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit: non minus severe hæc, quam cætera furta publice nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic cap.* 3. *in fin.* add. Groenevv. *leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

Quibus datur actio furti?

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus intersit rem non perire.*

COMMENTARIUS.

1 *Temperatio regulæ a Justiniano hic traditæ.*

2 *Remotio eorum, quæ huic loco obstare videntur.*

(1) Docet hic Justinianus, cui competat actio furti & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus quorum interest, furtum factum non esse; mox quasi hoc amplians subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem com-

competere, quam si ejus intersit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si intersit ex honesta causa, *l. 10. cum seq. h. t.* Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum intersit rem non surripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l. itaque*, 1. §. *l. eum qui*, 14. §. 3. & 4. *qui re*, 76. §. 1. *eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest: *l. qui vas*, 48. §. *si ego*, 4. *eod.* Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius intersit, ut docet Jurisconf. *l. inter omnes*, 46. *in princ. eod.* (2) Quod vero addit Justinian., *licet dominus non sit*, ei multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, §. 3. *de empt. d. l.* 14. *in princ.* junct. *l. si vendidero*, 80. *hoc tit.* cum tamen constet, emptoris etiam hic interesse, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d.* §. 3. *de empt.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, *l. interd.*, 46. *hoc tit.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus intersit, *l. is cujus*, 85. *in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *d. l.* 14. §. *an pater*, 10. & *multi seqq. hoc tit.* Atque hoc perspicue etiam docet Paulus *d. l. is cujus*, 85. *in pr. eod.* Postremo quod Justin. ait, nec domino actionem furti competere, nisi intersit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. *proxime seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l. si vendidero*, 80. *pr. hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinian. scribit, quoniam ejus intersit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur. VINN. Regula haud paulo accurate dari videtur in *l. 71. fin. ff. de furt. Interesse ejus videtur, qui damnum passurus, non ejus, qui lucrum facturus est.* Casus a Vinnio huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem possederunt HEIN.

T E X T U S.

De pignore surrepto creditori.

14. *Unde constat, creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

N O T Æ.

14. *Pignori potius incumbere*) *Leg. 25. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l.* 12. §. *ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, §. 10. *sup. eod.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quibus de causis creditori in proposito actio furti detur; & quid intersit, adversus dominum, an extraneum experiatur?*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est: non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque*, 12. §. *ult. l. eum qui*, 14. §. 5. & 6. & §. *qualis*, 16. *l. in actione*, 19. §. *pen.* & *ult. l. interdum* 49. *hoc tit.* (1) Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actione furti ei datur: tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pignoratitia, *dict. leg. eum, qui*, 14. §. *idem scribit*, 6. tum quia etiam culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta *leg. plus cautionis*, 25. *de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *dict. l. itaque*, 12. §. *ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit; de quo dictum *supr.* §. *aliquando*, 10. Quamvis autem in proposito creditori æque adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori*, 87. *eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debito furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *leg. si pign. act. l.* 12. §. 1. *de distr. pign. leg. creditor*, 15. *princ. hoc tit.*

T E X T U S.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus: quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*
2 *Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio?*

(1) ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita, si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui*, 14. §. *quod si*, 12. *hoc tit.* nam tunc etiam conductoris inte-

intereft rem non furripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est *l. 6. locat.* At si sine culpa conductori res furripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius intereft, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui*, 14. §. *item si res*, 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, §. *seq. l. itaque*, 12. *princ.* id est, tunc furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto ablata sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui opera offerunt etiam levissimam, seu ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De fartore idem habendum: repete quæ notavimus *supr. ad §. pen. de locat.*

(2) *Bonæ fidei emptori furrepta re, quam emerit*) Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14. *pr. hoc tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio: quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei*, 71. §. 1. *eod.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque*, 2. §. 1. *hoc tit.*

Omnino competit) In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit. Cujac. nam emptoris semper intereft propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & fartore id fecus esse mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat; emptori duplo, quanti ejus intereft, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam*, 74. *hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Nam aliter, quam si solvendo) Fulloni & farcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque*, 12. *eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo*, 134. *de verb. signif.*

T E X T U S.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & farcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat: sive furti adversus eum, qui rem furripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex penitentia ad alteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen, si dominus sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit, postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo. quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem; nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etiam omnimo furem a domino quidem furti actione liberari: suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: cum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.*

N O T Æ.

16. *In nostris decisionibus*) Scriptæ sunt a Justiniano post priorem codicis editionem 50. leges quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, *leg. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.) Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem*, &c. & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit) Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOC admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit, quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pignoratitium aut simplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam levissimam præstet, *l. 5. §. 2. comm. §. 2. supr. quib. mod. re contr. oblig.* unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter a veteribus traditum est, *dict. l. 5. in fin. & 2. leg. seqq. comm. l. eum, qui*, 14. §. *si res*, 14. *cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori*, 28. *ver. amot.* quod tamen ab iis hic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque*, 12. *princ. hoc tit.* Justiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi, quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, necne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur; hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ; idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodarius liberaretur; commodatario electo huic ut fur obnoxius fieret, *leg. ult. C. hoc tit.*

TEX-

TEXTUS.

De re deposita.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse furti agere non potest; sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non potest*) Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. pen. tit. seq. aut se deposito obtulerit, arg. l. 1. §. 35. depos.

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 1. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

RE deposita surrepta, placet domino, non depositario, actionem furti dari, *leg. eum, qui, 14. §. 3. hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non surripi, qui præter fidem nihil præstat, *§. pen. supr. quib. mod. re contr. oblig.* Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *l. ita que, 12. §. 1. d. leg. eum qui, 14. §. 3. hoc tit.* (1) Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet? aut quid si deposito se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. eum qui, 14. §. quibus, 16. eod. furti, 13. supr. eod.* cumque id etiam satis manifeste evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulpian. *in d. l. 2. §. general., 13. & seq. 24. vi bon. rap.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d. §. 24.* separari a fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum: *Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi:* hinc demum novum §. inchoandum: *Utilius dicendum est, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur?

18. *In summa sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligare eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus solos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.*
2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant?*
3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam male ficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, *l. qui injuriæ, 53. hoc tit, cap. illud relatum, 15. q. 1.* non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent: infantes. *l. impuberum 23. hoc titul. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans, 12. ad leg. Cornel. de sicar. Clement. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, *argum. §. pupillus 9. sup. de inut. stip.* Gomez. 3. resol. 1. n. 57. quod clarius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum 111. de reg. jur. l. impubere 13. hoc titul. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur 14. de Senat. Silan. 3. §. 1. de sepulcr. viol. cap. 1. §. de delict. puer.* (2) Duo vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint a pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut recte docet Boer. *in add. ad Decium in l. fere 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apuleji *Apologia 2.* ubi in hujusmodi pueros his declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non aversetur atque oderit? cum videat velut monstrum quoddam prius robustum scelere quam tempore, ante nocentem quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosius est: & nondum pœnæ, jam injuriæ sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat; *l. Cod. adv. del.* Gomez. *dict. resol. n. 59.* item quod jus commune seu naturale violet non merum civile aut positivum, *cap. 1. & de del. puer.* (3) Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent Interpretes, Gomez *dict. loc. n. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. *ult. quæst. 60.* quanquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium 37. §. 1. de minor.* Gomez. *loc. num. 62. & seqq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor 36. ad leg. Julium de adult.* Gomez. *de resolut. num. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. de despons. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Tulden. *in C. si adv. del & comm. hic c. 6.*

TEXTUS.

Qui veniat in hanc actionem? Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possideat, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.*

NOTÆ.

19. *Tantum ad pœnæ persecutionem*) §. 18. *infr. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi impingendam, *l. ult. de furt.*

Furem hæredemve ejus) Quia condictio furtiva rei habet persecutionem, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis ex maleficio: cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIUS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2 *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant?*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur?*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur?*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidum?*

Actio furti manifesti, sive nec manifesti mere pœnalis, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de act.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & condictio, quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, *l. si pignore* 54. §. *cum furti* 3. *hoc tit. l. 7. §. 1. de condict. furt.* Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam? Et verius est, non posse, sed altero judicio alterum consumi, *leg. unic. Cod. quand. civil. act. crim. præjud.* Nam regula *d. leg. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, vid. Cujac. 20. *observat.* 26. Besold. *ad tit. de furt. quæst.* 7. diff. Gomez 3. *resol.* 5. *l.* 4. add. Christin. *vol.* 4. *decis.* 201. Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint. Besold. *q.* 7.

(2) *Habet dominus*) Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti* 13. *sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicta quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis* 18. *inf. de action. l. 1. l. 10. §. ult. de condict. furt.* Quod solus dominus rem surreptam vindicare possit, mirum non est, cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *leg. in rem* 23. *de rei vind. leg. act.* 25. *de oblig. & act.* §. 1. *infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem cav.* §. *itaque* 15. *inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini. VINN. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei possessori, *leg.* 136. *ff. de jur. jurand.* tutori si pupillo quid surreptum, *leg.* 56. §. *penul. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, *leg.* 2. §. 5. *ff. de usufr.* HEIN.

Rei vindicatio adversus possessorem) Quamcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *l. actionum* 25. *de obligat. & action.* §. 1. *infr. de action.*

Adversus furem) Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l.* 5. *de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l.* 5. nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *leg.* 6. *de condict. furt.* Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe* 53. §. *ult. de verbor. sign. & ibi* Alciat.

Hæredemve ejus, licet non possideat) Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text. l.* 1. *de cond. furt. l.* 1. *de priv. delict.* (3) Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire: nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *infr. de perp. & temp. actio.* Cur vero tam varie? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 5. *& l.* 9. *de cond. furt. l. si amico* 10. §. 2. *de compens. l.* 3. §. *penult. de pecul. l. mulier* 21. §. *penult. de act. rer. am. leg. cessat.* 36. *de obligat. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest, furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* junct. *d.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. *his autem* 9. *infr. de leg. Aquil.* (4) Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio *dict.* §. 1. *infr. de perp. & temp. action. l. hæc actio* 13. *de serv. corr. l.* 1. *de priv. d. l. l. sicuti* 38. *l. pœnalia* 164. *l. pupillum* 111. §. *de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc diserte responsum est in *leg.* 9. *de cond. furt.* moveor eo, quod nunquam actio in hæredem absolute dari dicitur, cum non datur in solidum; cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act. d.* §. *his autem*, 9. *infr. de leg. Aquil. l.* 5. *de calumn. l.* 1. *in fin. l.* 3. *de vi, l. hæredem* 26. *de dol. l.* 1. *de priv. delict. l.* 2. §. *ult. vi bon. rapt. leg. Julianus* 26 *de justic. l.* 13. *de serv. corr. l.* 9. §. 1. *quod fals. tut. leg. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ad leg. Aquil. leg.* 3. §. *penult. si mens. fals. mod. l. in honorariis* 35. *de obligat. & act. leg. sicuti* 38. *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sane aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut

in *l. un. Cod. ex del. defunct.* Sed illæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. Dissent. Cujac. 7. *observ.* 37. & 13. *observ.* 39. Vult.jus, *hic.* Lyclam. 1. *membr.* 18. & *libr. Benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *infra de perpet. & temp. act.* Adde Ant. Fab. 3. *conject.* 1. Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.

DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. Cod. Lib. 9. Tit. 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

Secunda species delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio; rapina, violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l.* 2. §. 1. *h. t.* Inscribitur hic titulus *De vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione.* Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam,* & *ablativam.* Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativam comprehendimus. *Turbativa est*, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto. Illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam. Compulsiva* vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis effecto *quod metus causa* coercetur. *Expulsiva*, est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur: adversus quam comparatum est interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Juliis de vi publica & privata, §. *recuperandæ* 6. *infr. de interd. Ablativa* vis (de qua hic agitur) est quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipsa iisdem legibus quibus expulsiva, coercetur, *d. l.* 2. §. 1. *h. t.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum: quæ sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat, deinde quid in eam veniat; adversus quos, & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti. (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& est intra annum, quadrupli, post annum, simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est, sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum qui vi rapit quam qui clam amovet.*

NOTÆ.

Qui vi res alienas rapit) Fur sine vi subtrahit, & clam aufert, *l.* 59. *de furt. l.* 9. *C. eod.* raptor vi & palam diripit. Rapi enim sine vi non potest, *l.* 3. §. 5. *de incend. ruin.* Plaut. *Epid. act.* 1. *sc.* 1. *Th. Mibus jam furtificus sum quam antehac. Epid. Quid ita? Th. Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti) Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l.* 52. §. *ult. l.* 80. §. 3. *de furt.* Alias, in duplum, *l.* 1. *l.* 88. *eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.) Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l.* 2. §. 1.

COMMENTARIUS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto?*

2 *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur?*

Tenetur etiam furti) An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli, nec manifestus dupli pœna sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in *l. si quis* 52. §. *ult. l. si vendidero* 80. §. *cum raptor* 3. *de furt.* & denique ex eo evincetur, quod hoc loco & *l.* 2. §. *cæterum* 10. & §. *pen. h. t.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l.* 1. *h. t.* & *l. si quis egerit* 88. *de furt.* tantum mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore numquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, nemo enim prohibetur experiri actione mitiore, vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis* 22. §. *ult. de furt.* ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, *l.* 3. *l.* 7. §. 1. & 2. *de furt.*

Impudentiorem est.) Ideo, ut arbitror, quia etiam impudentem, audacem, atrocem, Chrysostom. *in Matth. hom.* 63. τὸ γὰρ ἐν τῷ ἐμφανεῖ ἁρπάζειν. Et sane is, qui rapit, longe est improbior atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l.* 1. §. *ceterum* 10. & *l. si quis in depositis* 24. *h. t.* Quamquam aliud judicium Julianus in *Rhetor. ad Alexand. cap.* 12. ubi hæc habemus: δεινότερον ἐστὶ ... τοῦ κλέπτοντος ... τὸ ἐν τῷ φανερῷ ... VINN. Et vero Prætori ea mens fuit, cum quadruplo in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et nescio an jocus Plauti *Epid. Act. I. scen.* 1. ubi *propalam rapere* mertis *furtificus* dicitur, hanc sententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulsari possit a viro constante & forti: furto autem & a viro prudentissimo fortissimoque damnum inferri queat. HEIN.

Propriam actionem) Etiamsi speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, Prætor consuluit, *d. l.* 2. §. scilicet ut innotesceret, Prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l.* 3. §. 1. *naut. cap. stab.* junct. §. *si itaque* 14. *infr. de act.*

Intra annum quadrupli) *d. l.* 2. §. *in hac act.* 13. Nimirum actio honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales, anno finitur *l. in honorariis* 35. *de obl. & act.* Speciale enim est quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex Prætoris jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *supr. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam) *d. l.* 2. §. *vel cujus* 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis hic ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l.* 9. §. *ult. cum* 2. *l. seq. de dolo*? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est, non putavit Prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplum est & rei persecutio) Actio vi bonorum raptorum in quadruplum a Prætore proposita, non est mera pœnalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit triplex, §. *ex autem* 19. *infr. de act.* In quo differt hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum; sive nec manifesti in duplum, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de act.* §. *ult. tit. prox.*

Sive comprehendatur raptor, &c.) His verbis Imperator perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti: ut & Ulpian. in *l. si quis*, 52. §. *ult. de furt.* Cæterum in hac actione furti alia pœna est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes raptores pœna est eadem.

Ridiculum est) Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Spectavit ad detestationem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi, eadem etiam actione teneantur, qua fures manifesti, ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet) Eadem ratione Jurisconsultus in *l.* 2. §. *si rapere* 24. *h. t.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat: quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ impudentia crimen auget. (2) Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie, *l. ult. de rit. nupt.* & *l. non existimo* 54. *de adm. tut.* quod hic dici nequit.

T E X T U S.

Adversus quos datur.

1. *Ita tamen competit hæc actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre a possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: si autem aliena res sit, restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.*

N O T Æ.

2. *Rei suæ dominio cadit.* Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat, jus crediti amittit, l. 14. *quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1. *Qua pœna afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, & invadunt?*
2. *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exolevisse; & an non etiam de quibus hic agitur?*

Quemadmodum furti nemo tenetur, nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa; ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis, cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eripuerit, existimans licere domino quovis modo rem suam a possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonorum raptorum non tenetur, *l.* 2. §. *hoc actione* 18. *hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audiemus.

Imprudentia juris) Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in *dict. l.* 2. §. *ac act.* 18. simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vel bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure, nam a dolo quævis vel fatua causa excusat. Gloss. Jas. & DD. *in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur) Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impul-

pulsu: sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id quod suum esse aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, l. non est 176. de reg. jur. Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum mulctari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere, si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimationem ejus vim passo præstare, hoc text. Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, l. extat, 13. quod met. caus. l. penult. ad l. Jul. de vi privat. atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, l. 3. Cod. hoc tit. & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, leg. ult. ad l. Jul. de vi priv.

In invasionibus (*l. si quis* 7. *C. unde vi.*) (1) Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, *invasor* & *invadere* dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti; cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violenta etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantam* 7. *C. unde vi*. Et similium rescriptorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur Covarruv. 3. *resol.* 16. *n.* 7. post Specul. *tit. de restit. spol.* §. 1. & Guillel. Bened. *in cap. Raynutius* 16. ... Gaillet. *pract. quæst.* lib. 1. *qu.* 7. Sarmientus quoque 2. *sel.* ... *n.* 7. refert, se numquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poss. remed.* 9. *num.* 8. qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse. neque enim solo non usu leges abrogari. Sane in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat. Christin. *vol.* 3. *decis.* 15. *n.* 10. & Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

T E X T U S.

Quibus datur?

2. *Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposito re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quod aliud jus, ut intersit eius non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat; sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur, & generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.*

N O T A.

2. *Sive deposita, &c. ut intersit*) Locus Ulp. *l.* 2. §. 23. & 24. hoc tit. male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur a suo §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habeo, si modo re deposita culpam quoque repromisit, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepit.* Hinc demum novus §. inchoandus: *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Ex bonis esse quæ hic dantur:*
2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

1 VI bonorum raptorum is agit, qui in eum, qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest, neque solum dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit. Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumen præstare debent, *l.* 2. §. *in hac actione* 22. *hoc t.* junct. §. *furt.* 13. & 2. *seqq. tit. præc.*

Sive ex bonis) (2) Ex bonis esse hic ea dicuntur, quæcumque, cum aliena sint, emolumentum, vel usum, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l.* 2. §. 22. In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum* 49. *de verb. sign.* *l. rem in bonis* 52. *de acq. rer. dom.* Non raro tamen promiscue utrumque dicitur & idem valet, in bonis & ex bonis, *l.* 1. *de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.) Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulpian. *l.* 2. *in hac actione* 22. *hoc tit.* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur, *dicendum est, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, sed illud solum ex bonis meis, hoc est ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere possim, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Cod. Lib. 9. Tit. 2. Cod. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & summa tituli.

TErtia species delicti ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat, sive nullius lucri

gratia, & sive salvis rebus, sive praeruptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quasi deminutione patrimonii dictum est, l. 3. de damn. inf. Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, id est non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 2. infr. Atque hoc damnum est, quod vindicatur Lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

T E X T U S.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

N O T Æ.

Damni injuriæ) Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. l. 3. de damn. inf. &c. Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare) D. l. 2. princ. In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum æs dare hero damnas esto*, argum. d. l. 11. §. 6. eod. hero tenuitur, id est, domino, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. δεσπότης Cujac. 27. obs. 11.

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & potissimum hodie.*

Damni injuriæ) Legendum videtur, *damni injuria*, l. si pubes eum 23. de furt. l. si servus 27. §. si fur, x. 10 & seq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. h. t. Cic. pro Q. Rosc. cap. 11. lite contestata, judicio damni injuria constituto. Præcise videlicet, pro damni injuria dati. Haud scio tamen, an posteriores Jurisconsulti Græci homines damni injuriæ dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum diximus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud veteres leges damnum injuriæ: veluti apud Marcianum l. 30. pr. fin. ff. ad L. Falcidia, &c, ut mihi videtur etiam in l. 9. §. ult. ff. de pecul. & rat. distr. HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero) Primum legis caput animalia pretiosiora habet, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, l. 2. h. t. Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, l. 1. §. 3. de sicar. Cæterum si de damno sarciendo, civiliter disceptetur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus, dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. Grot. lib. 3. introd. c. 33. Sic Hercules legitur Iphiti a se occisi liberis mulctam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolenus apud Jo: Grevell. decis. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis. 280. Sed & Cujac. 14. observ. 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogenetæ probat novum non esse ut pars bonorum addicetur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michael Ephesius ad 5. Nicom. Arist. scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi testatur Costal. ad l. 3. si quadr. paup. fec. add. Gomez. 3. resol. 3. n. 37. Grot. 2. de jur. bell. 17. n. 12. & seqq. Tulden. ad tit. 5. c. 3. Christin. vol. 2. decis. 35. n. 10. Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris sit, videbimus infr. §. cap. 3.

Quæ pecudum numero sit) Ita quoque Cajus in d. l. 3. §. 2. hoc tit. quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio d. l. 2. mendose legi, *Quadrupedem, vel pecudem*, legendum enim esse, *Quadrupedem vel pecudem*.

In eo anno plurimi) Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, d. l. 2. in princ. De quo plura infr. §. his autem 9.

T E X T U S.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. *Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus: sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & suis quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea, ait, sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert,*

Δήεις τόν γε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est.

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint?*

Pecudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto, ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti nili, leo-

leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ ſint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præſtant, *d. l.* 2. §. 2. VINN. JCti ubi ex arte loquebantur, diſtinguebant *quadrupedes*, quæ dorſo & collo domantur, id eſt, quæ ſarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim paſcuntur, & *beſtias*, quales erant reliqua animalia omnia. Apud Bynkerſh. *de Reb. mancip. & nec mancip. c.* 6. *pag.* 119. *ſeq.* HEIN.

De ſuibus idem placuit) An ſues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ cauſa fuerit, haud facile dixerim. (1 Hotomannus hanc affert, quod ſues non ut reliquæ belluæ, gramine & viridibus pabulis commode alantur, ſed ut Varro & Columella tradunt, maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & ſi rure ſint, tamen caducis arborum baccis & effoſſis lumbricis & radiculis potius, quam gramine veſcuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de ſuibus dubitatum, quoniam ſues neque operam hominibus præſtant, puta geſtando, arando, ut equi, muli, aſini, boves; neque lacte aut lana proſunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut ſit, placuit etiam ſues pecudum numero haberi, quia & ipſi gregatim ſub imperio paſtoris paſcuntur, *d. l.* 2. §. 2. *h. t. l. legatis* 65. §. *pecoribus* 4. *de leg.* Ubi Marcianus Juriſconſultus auctoritate Homeri hanc ſententiam confirmat. Locus eſt apud Poetam *Odyſſ.* 13. 13. ubi Minerva Ulyſſem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: ſed prius ad Eumæum ſubulcum adeat, a quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipſum Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur verſus, quos poſt Marcianum hic citat Juſtinianus. VINN. Sed quamvis ſues gregatim paſcuntur, dubitari tamen non abſurde potuit, an ſint quadrupedes pecudes. HEIN.

T E X T U S.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem inſidiatorem occidit, non tenetur: utique ſi aliter periculum effugere non poteſt.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui hac actione non teneantur?*

QUi *nullo jure occidit*) Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, ſed quod non jure factum eſt, ſeu damnum culpa facientis datum, *l.* 5. §. 1. *h. t.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec proviſum eſt, *l. ſi putator* 31. *l.* 44. *eod.* (1) Ex quo intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamſi animum nocendi non habuit *d. l.* 5. §. 1. Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel leviſſima damnum datum eſſe arguetur, *l. in leg.* 44. *eod.* Poſtremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non ſunt qualis eſt furioſus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l.* 5. §. 2. vel quorum factum a culpa abeſt: veluti ſi non fuit in poteſtate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta, ſi ab alio impulſus damnum dederit, *l.* 7. §. 3. *l. ſi ex plagis* 52. §. 2. *eod.* vel ſi jure ſuo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo ſe defendentem, vel aggreſſorem, ut taurum irruentem occiderit, *hoc text. d. l.* 5. *eod.* aut ſi quis calum alienum læſit, quem devinare non potuit: aut ſi is, qui læſus eſt, culpa ſit, cui ſit ictus, *vid. inf.* §. 4. & 5. Plerique putant, non culpam, quæ in omittendo ſeu negligendo conſiſtit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covarruv. *de ſponſ. part.* 2. *cap.* 6. §. 8. *n.* 13. Donell. 16. *comm. cap.* 7. Alii putant, hoc nomine utilem ſaltem actionem competere, *l.* 8. *ſi ſervus* 27. §. 1 *commodati* 9. & ibi Bal. *hoc t.* quod verum eſt, ſi negligentia circa factum aliquod antecedens cauſam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap.* 7.

Qui latronem inſidiantem) Adverſus periculum naturalis ratio permittit ſe defendere, *d. l.* 4. *hoc t. l.* 5. *l.* 54. §. 4. *hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis ſui fecit, jure feciſſe exiſtimatur, *l.* 3. *de juſt. & jur.* Quamobrem ſi ſervum aggreſſorem aut latronem inſidiantem mihi occidero, ſecurus ero: ſed & ſi alium quemcumque ferro ſe petentem quis occiderit, non videtur injuria occidiſſe *d. l.* 4. & *l.* 5. *eod.*

Si aliter periculum effugere) Vim vi illatam vi repellere licet: cæterum ita, ſi aliter periculum vitari non poteſt, *l. ſcientiam* 45. §. *pen. eod.* Itaque ſi quis, cum poſſet intentatum periculum apprehendere, occidere maluit, injuria feciſſe videtur, *d. l.* 5. Nec ultio permiſſa, ſed defenſio, quæ ita excuſata eſt, ſi in defendendo ſervata ſit moderatio inculpatæ tutelæ, *l.* 1. *Cod. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defenſionis pertinent, non eſt hujus loci.

T E X T U S.

De caſu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quiſque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NON *minus ex dolo, quam ex culpa*) Inverſio eſt; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor eſt dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *princ. ſupr. de hæred. inſtit.* apud Ulpianum, *l. juriſgentium* 7. §. *pactorum* 8. *de pact. l.* 3. §. 2. *de incend. ruin*, apud Calliſtratum *l. ſolidum* 85. *de ſolut.*

T E X T U S.

De jaculatione.

4. *Itaque, ſi quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſervum tuum trajecerit, diſtinguitur. Nam ſi id a milite in eo campo, ubi ſolitum eſt exercitari, admiſſum eſt, nulla culpa ejus intelligitur; ſi alio tale quid admiſerit, culpæ reus eſt. Idem juris eſt de milite, ſi in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus deſtinatus eſt, id admiſerit.*

De putatione.

5. *Item ſi putator ex arbore ramo dejecto ſervum tuum tranſeuntem occiderit, ſi prope viam publicam aut*

vici-

vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari possit, culpæ reus est: sed si proclamavit, nec ille curavit prævenire, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si seorsum a via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.

De curatione derelicta.

6. *Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus erit.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo evecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit, cum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

N O T Æ.

5. *Licet non proclamavit*, Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l. 3.*

6. *Qui servum secuit*) Quamvis bene, *l. 18. eod.* Solebant enim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Prisoniana*.

7. *Si medicus*) *L. 7. in fin. & d. l. 8. pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l. 6. §. 7. de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς δυνάμεως. Alexand. Aprod. in 1. *Topic.* Arist.

Perperam ei medicamentum ἀμαθῶς ἢ ἀπειροκάλως. ex Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconsiderate.

COMMENTARIUS.

1 *Quod de militibus in loco exercitii se exercentibus hic traditur, id etiam ad paganos certo loco se exercere solitos pertinere.*

2. *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

Afferuntur hic varia exempla hominis occisi, & quidem sine dolo & animo nocendi, & sere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, l. in lege 44. hoc tit. & recte. Nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur quam qui dat, æquum est, damnum, quacunque culpa datum, sarciri ab eo, qui dedit.

Ad milite in eo campo) Duæ circumstantiæ in proposito efficiant, ut factum a culpa absit & Aquilia cesset, locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. (1) Qua de causa si vel paganus in loco exercitationis militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l. 9. §. ult. hoc t.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit Wames. *cent. 2. cons. 51.* facit Grotius 3. *jurisp. Bat. c. 33.* Plane si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *dict. l. 9. §. ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo) Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter fit, aut unicuique transire jus est, & frondator, seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est. Si vero proclamavit, nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. stipulator, 31. hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλική, regia dicitur, Romanis Prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit: quæ & ipsa fere publica est, *l. 22. §. 12. ne quid in loc. publ.* Sic Flacc. *de cond. agr.* Steven. *Aug.* 49. Theoph. *hic*.

Si medicus qui servum tuum secuit) Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit, (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si suscepit ejus curationem, dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *leg. 8. hoc titul.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.) Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur, si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l. 9. §. pen. l. item quæritur, 13. §. si gemma, 5. locat. l. si servum, 27. §. si calicem, 29. h. t.* eo que pertinet *l. imperitia, 132. de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperite, ἀμαθῶς ἢ ἀπειροκάλως, secuerit vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l. 7. in fin. & l. seq. in princ. eod.* Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiodor., *var. 9.* Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ designetur, nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, *l. 6. §. sicuti, 7. de off. præs.* & extra culpam esse intelligitur ὅταν ᾖ μεῖζον τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς δυνάμεως. Alex. Aphrod. *in 1. top. Arist.* (2) Culpa medici raro in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultet: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papin. 23. *tit. 8. art. 1.* refert, medi-

medicum, qui fortiorem solito potionem ægrotanti præbuerit, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret, add. Groenevv. *de leg. abr. hic*.

Impetu quoque mularum, &c.) Mulio, cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem detinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo tenere affectare debeat id, in quo vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, §. 1. *eod.*

T E X T U S.

Quanti damnum æstimetur, & de hæredibus.

5. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est, pœnalem esse hujus legis actionem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum numquam lis æstimaretur.*

C O M M E N T A R I U S.

QUanti id eo in anno plurimi) Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait, l. 21. l. inde Neratius*, 23. §. *item Julianus*, 3. *hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus: quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretiumque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit, *d. l. ait lex* 21. §. 1.

Pœnalem esse hujus legis actionem) Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur sufficit posse præsentem æstimationem exsuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire) Constat, hanc actionem hæredi dari: sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis; nisi forte ex damno locupletior hæres factus, *d. l. inde Neratius*, 23. §. *hanc actionem*, 8. *hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset) Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis: transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus aperte confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniant, in hæredem dari: de quo latius alibi, §. *ult. supr. de obl. quæ ex del. & infr.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solum eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potuit ejus qui agit indemnitas servandi, quam coercendi adversarii causa fieri existimatur. Gudel. *de jur. nov. lib.* 3. *cap.* 13. Grot. 3. *introd.* 34. & 34. Groenevv. *de ll. abrog. hic*.

T E X T U S.

Quid æstimatur?

10. *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi sit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt qui supersunt.*

N O T Æ.

10. *Depretiati sunt*) Utitur eo verbo Paul. *l.* 22. §. 1. Tertull. *ad Nation.* 1. *cap.* 10. Gloss. Lat. Grec. depretiati, ἀτιμωθέντες.

C O M M E N T A R I U S.

NON *ex verbis legis, sed ex interpretatione*) Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur: ceterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait l.* 21. §. *ultim.* cum *ll. seqq. hoc tit.* Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate: ut bene Hotomann. *hic*, & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, vide §. *ult. infr.*

Quicquid præterea damni) Quidquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex*, 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius*, 23. §. *in summa*, 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium; nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce, si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum*, 33. *hoc tit. l. pretia*, 63. *ad l. Falcidiam*.

Si

Si servum tuum hæredem) Si servus hæres institutus, antequam ju∫su domini hæreditatem adiret, occisus sit, etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius*, 23. *hoc tit.*

Item si ex pari mularum, *L. proinde*, 22. §. *eod.* Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quæ cætera corpora depretiata sunt.

TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

COMMENTARIUS.

SI dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest, sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius*, 23. §. *dolo*, 9. *h. t. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Cornel. de sicar.* Addit. Ulpian. in *d.* §. *l. Neratius*, 23. §. *si dolo*, 9. si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum est, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio sensu Paulus in *l.* 4. *de publ. judic.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere) Modo ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad l. Cornel. de sicar.* add. Schneid. §. *injuria*, 2. *n.* 11. *supr. ad hunc* §. *n.* 1. De libero homine occiso, si de damno sarciendo agatur, dixi sub *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

Caput secundum.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in *l. servum*, 27. §. 4. *h. t.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio videtur, perspicuisse ad incertam nobis utilitatem quamdam, re nostra illæsa. VINN. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates nostras Roman. hoc tit.* 3. 9. *edit. sec.* III. IX.

TEXTUS.

Caput tertium, quo damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero est vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non est, veluti canem, aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa, & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

13. *Capite tertio*) Verba capitis tertii referuntur ab Ulpian. l. 27. §. 5. *eod.* ejusdemque *l.* §. 7. & deinceps fuse explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris sit liber homo vulneratus? & quid eo casu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia: *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto*, *l. si servus*, 27. §. *tertio* 5. *h. t.* (1) Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si facem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis vel telo cæcideris, ut corpus ei scinderes, vel tumorem faceres, *d. l.* 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. §. 23. Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. servus*, 27. §. *item si*, 7. Æque si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l.* 27. §. *cum eo*, 15. & §. *si quis*, 18. *num.* §. *seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum*, 29. §. *hac actione*, 6. *eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes: omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur. (2) Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet; quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non

non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, *l. liber homo*, 13. *eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l.* 7. *eod. l. cum duobus*, 52. §. *socium*, 16. *pro soc.* Cujac. 21. *obs.* 20. add. Grot. 3. *introd. cap.* 34. Moribus harum regionum etiam dolorum & decor rationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit quamvis proprie hæc pecunia sarciri non possit, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his, quo dejec. l.* 3. *si quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum, Verbum *ruperit* fere omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur & usta, & fracta, & scissa, & collisa, & effusa: & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat, quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Cœlius dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjicit verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus*, 27. §. *inquit*, 13. *cum* 3. §§. *seqq.*

T E X T U S.

De dolo & culpa.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

SI *dolo aut culpa*) In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineas læserit, requiremus num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit*, 30. §. *penult. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, cum alias verum delictum non nisi ex dolo proficiscatur, *l.* 53. *ff. de furt.* quasi delictum ex culpa. Unde non absurde Cel. Thomasius damnum injuria datum & veris & quasi delictis accenset: quamvis facta a potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. *Elem. nostra Jur. secund. ord. Instit.* §. 1034. §. 1081. HEIN.

Quanti in diebus triginta) Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximus, tanti lis æstimatur, *dict. l. servus*, 27. §. *tertio*, 5. *eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tamquam in delicto leviore.

T E X T U S.

Quanti damnum æstimetur?

15. *Ac ne plurimi quidem verbum adjicitur. Sed Sabino recte placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit; contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.*

COMMENTARIUS

HÆC verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent, *plurimi*, sic tamen accepta sunt, *leg. quemadmodum*, 29. §. *ultim. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c.) Rectius dixisset *legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*, ut hic notat Hotomannus.

T E X T U S.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipue corpore suo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut præcipitaretur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut rumperetur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet vel puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit, utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

N O T Æ.

16. *Si quis præcipue corpore suo*) Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l.* 51. *eod.* Directa actio hic intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque quod scriptum est, descendit.

Qui alio modo, & utiles actiones) Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l.* 7. §. 3. & 6. *l.* 9. *eod.* Actio quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, sed utilis dicitur: quamquam vi & effectu a directa nihil differt, *l.* 47. §. *de neg. gest.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege Domini tantum mentio fit, *l.* 7. *l.* 11. §. 8. *l.* 13. *hoc tit.*

Alie-

Alienum servum de ponte) Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit, aut continuo submersus sit, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. §. pen.*

[illegible] *leg. Aquilia*) Ex ipsis verbis legis Aquiliæ ut [illegible] eam actio competat, ut recte interpretatur [illegible].

[illegible] *lapsum*) Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis directa, neque ex sententia utilis actio competit: & proinde subsidiaria in factum opus est, *leg. 33. in fin. hoc tit. leg. 7. §. de dolo*, quæ a Prætore defectum legis supplente datur *leg. 11. de præscript. verb.*

Misericordia ductus) *Dict. l. 7. de dolo*. Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Directa actio quot modis dicatur?*
2. *Actio utilis quid? & qua ratione, quando, a quibus [illegible] ducatur?*
3. *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ tamquam ex sententia per interpretationem extensam in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit.*
4. *Utilem, quo tamquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

(1) UT hic locus plene intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis a veteribus usurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis opposita præparatoriæ, puta actioni, ad exhibendum, *l. 3. §. si item, 13. l. si quis, 17. ad exhibend.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pignoratitia, &c. vide nostra ad *§. 2. supr. quibus modis re contr. oblig. §. 1. supr. de oblig. quæ quasi ex contract.* Deinde actio [illegible] ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, *§. omnis, 5. inst. de nox. act.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio hujus loci propria est. (2) Utilis actio sic in universum definiri potest, quod sit actio, quæ deficiente [illegible] actione, ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam, vel interpretatione Jurisconsultorum; vel etiam [illegible] expresso, tum Prætorio, tum etiam civili æquitate [illegible]. Actiones prætoriæ in relatione ad jus civile [illegible], omnes dicuntur utiles, tametsi aperte verbis edicti propositæ sunt, *§. namque, 4. Instr. de act. l. tutor, 16. §. ultim. de pign. action. l. [illegible], 56. §. 2. de neg. act. ver. l. 1. de superfic. l. ultim. Cod. qui [illegible] [illegible].* (3) Quamquam si jus prætorium [illegible] spectemus; quædam utiles appellari possent: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis [illegible] prudentum interpretatio induxit, *l. per §. ultim. de his qui dej. vel eff.* ut apparet ex *l. nec [illegible], 70. de rei vind. l. 1. l. [illegible], 22. de pignor. l. si cum, 19. in pr. de [illegible] act. [illegible] §. pen. de [illegible] l. 1. C. de [illegible].* Sed jus civile nonnumquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ jam sint apud alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *leg. si cum, 16. de pact. leg. 1. C. de [illegible] & act. l. ex legato, 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de donat. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis aperte expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresse jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti intersit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quam scriptum esset, ejus omnis quod interest, æstimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest, directa ex lege actio competit, ut notavimus ad *§. illud, 1. supr. eod.* At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris; ea non directa, sed utilis est: quamquam vi & effectu juris a directa, non differt, *leg. [illegible] de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum, 11. de præscript. verb.* (4) Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnumquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in *l. qua actione, 7. §. proinde, 3. l. item si, 9. in princ. l. item Mela, 11. §. sed si, 8. l. quemadmodum, 29. § pen. hoc tit.* Proprio autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam: quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *dict. l. 11. de præscript. verb. leg. si servum, 33. §. 1. hoc tit. leg. 7. idem Labeo, 7. de dol. & hoc tit. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo) Add. *l. ita vulneratus, 51. in princ. hoc tit.*

Qua actio modo damnum dederit, utiles actiones,) Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione, 7. §. 4. §. Celsus, 6. l. item si, 9. fere per tot. tot. tit. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *dict. leg. qua actione in princ. leg. item Mela, 11. §. sed si, 8. l. liber homo, 13. pr. eod.*

Neque corpus læsum) Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea quæ jam dicta

cta sunt, l. 11. de praescr. verb. l. si servum, 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo, 7. de dolo.

TITULUS QUARTUS

DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. *Tit.* 10. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 33. & 37.

Continuatio, & argumentum Tituli.

QUarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, ex injuria seu contumelia. Quae quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua poena vindicetur, cum circumstantiae eum augeant, quae minuant & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

T E X T U S.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβριν appellant: alias culpa quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Graeci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim praetor vel judex non jure contra quem pronunciat, injuriam accepisse dicitur.

N O T Æ.

Generaliter injuria) Ex Paulo *apud Rufin. tit.* 2. & Ulpiano *l.* 1. *hoc tit.* ubi JCtus ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* August. *Confess.* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

Cum judex non jure contra quem pronuntiat) Si judex inique sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l.* 51. *de evict.* eum, qui sententia laesus est, injuriam passum dicimus, *d. l. hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est; Aristot. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

OMne quod jure non fit) Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l.* 1. *hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam late patet, quam injustitia: est enim effectus injustitiae, quae in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in *Paradox. Quocumque aspexisti, ut furiae, sic tuae tibi occurrunt injuriae, quae te respirare non sinunt. Injuriae*, id est, actiones injustae, flagitia, peccata. Injuriae, sic generaliter dictae, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in *dict. leg.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiae: quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Aristot. *lib.* 5. *ethic.*

Specialiter alias contumelia) Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l.* 5. §. 1. *ad l. Aquil. l. si unus,* 27. §. 2. *de pact.* ubi Paulus scribit actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum *ad Herennium lib.* 4. *cap.* 25. definitur: *Injuria est, quae aut pulsatione corpus, aut convicio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ergo sic injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo, Contumelia a contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriae verbo vel maxime dolum malum intelligit: caeterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἁμάρτημα appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque haec est secunda injuriae species.

Non jure contra quem pronuntiat) Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex inique sententiam dixerit, eum, qui sententia laesus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *leg. si per,* 51. *de evict.* effectu tamen juris inter haec facta multum interest: & alterum vere maleficium est, alterum proprie non est, sed quasi maleficium ἁμάρτημα, utique: de quo vide *princ. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *leg. pen. de just. & jur.* legimus, Praetorem quoque jus reddere, cum inique decernit. Nam, ut ipse explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit; sive nomine relato ad id, quod videtur, non quod est; πρὸς τὸ φαινόμενον, non πρὸς τὸ ὄν.

T E X T U S.

Quibus modis injuria fit?

1. *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus caesus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convicium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut praetextatum praetextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicitur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

N O T Æ.

1. *Matrefam. aut praetextatum, &c.*) Budaeus, *in leg. ult. de Sen.* Erat autem praetexta puerile vestimentum, *leg.* 23. §. 2. *de aur. & arg. & ingenuitatis insigne,* σύμβολον ἐλευθερίας, Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIUS.

1. *De quot modis injuria fiat?*
2. *Convicium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?*

3 *An*

3 *An & quando veritas convicii excuset injuriantem?*
4 *An etiam relevet præfatio honoris?*
5 *Injuriam verbis factam verbis liceat repellere?*
6 *Famosi libelli quam varia pœna?*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœna capitalis* leg. unic. C. de famos. libell. *quando locus?*
9. *Hic dictum cur injuriosum?*
10. *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa assertio pudicitiæ?*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l.* 1. §. *hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis. VINN. At potest etiam per picturam fieri injuria, ejusque rei lepida prostant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri posse nemo dubitaverit. HEIN.

Cum quis pugno pulsatus) Proprie injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l.* 1. §. 1. (1) Sed illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum*, §. 3. *eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, *l. si injuriæ*, 27. *eod.* cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publice utatur, puta lugubri aut squallida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *leg. item apud*, 15 §. *generaliter*, 27. §. *vestem*, 39. *eodem*. Cujac. 6. *observ.* 5. & alia hujusmodi, quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, [illegible] ἀλλὰ καὶ ἡ κατὰ τὰ ἔργα [illegible]. Eustath. *ad Odyss.* φ, add. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 140. Thesaur. *dec.* 22. 9.

Convicium factum) *L. item apud*, 15. §. *ait prætor.* 2. & *seqq. hoc tit. l.* 5. *Cod. eod.* hæc injuria verbalis est. (2) Convicium auctore Ulpiano dicitur vel a concitatione, vel a conventu, hoc est, a collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferantur, id *convocium* appellari ait, quasi *convicium*. Atque ex eo apparet non omne maledictum convicium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unus, sive plures, in cœtu dixerunt: quod autem in cœtu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. item apud*, 15. §. *convicium*, 4. & §. *ex his*, 11. *cum seqq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Vall. 6. *eleg.* 52. negans, usquam apud probatos auctore reperiri hanc differentiam custoditam inter convicium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convicium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convicium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Instit. lib.* 7. *c.* 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione pro *Cælio cap.* 3. hæc sunt: *Maledictio nihil habet propositi præter contumeliam, quæ si petulantius jactatur, convicium: sin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convicii usurpatur in *leg.* 5. *Cod. hoc tit.* Quicquid sit, etiam verbis citra convicium injuria fieri posse constat: veluti si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *dict. leg. item apud*, 15. §. *si quis*, 33. *eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *dict. leg. item apud*, 15. §. *appellare*, 20. VINN. (3) Consulendus hic omnino Vir Clar. Carol. Andr. Duherus *de Latinis Jurisconf. Vet. pag.* 191. HEIN. Tria fere hic quæri solent. Primum est, an veritas convicii excuset injuriantem? Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publice intersit illud sciri: veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: neque pertinere responsum jurisconsulti in *l. eum qui*, 18. *in princ. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maxime procedet, si infamaverit apud magistratum; quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Si autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convicii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem his admittendam, *arg. leg.* 5. *Cod. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *resol.* 6. *num.* 2. Mynsing. 4. *observ.* 4. Gail. 2. *observ.* 99. Covarruv. 1. *resol.* 11. *n.* 6. & 7. Clar. *lib.* 5. §. *injuria num.* 15. Wesemb. *parat. n.* 8. Atque hanc distinctionem passim in judicando tradit Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *n.* 32. add. D. a Sande *lib.* 8. *defin.* 7. (7) Alterum est, ut injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi, veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronunciari solet, vid. Gall. 2. *observ.* 101. *num.* 1. Guid. Pap. *decis.* 465. *in fin.* Covarruv. 1. *resol.* 11. *num.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria*, 13. Anton. Faber. *Cod. suo hoc tit. decis.* 1. *num.* 3. (5) Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *argum. leg. qui cum*, 14. §. *si libertus*, 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, quia vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid. Mynsing. *cent.* 5. *observ.* 17. Gail. 2. *observ.* 100. Tulden. *in C. hoc tit. n.* 4.

Sive cujus bona quasi debitoris) Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus facta & existimatio cum bonis simul possidetur, ut ait Cicero pro *Quint. cap.* 15. Est autem hæc injuria realis, cui similis species est quæ proponitur in *leg. si injuriæ*, 20. *hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito (& affectu facientis, *leg.* 3. §. 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen) Ad injuriam verbalem cum plerique retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima est famosus libel-

libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi solebant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit: Et apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat August. 2. *de Civ. Dei c. 9. Nostræ*, inquit, *XII. Tabulæ, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclare.* (6) *Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poetarum ingeniis, habere debemus, nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l. 5. §. si quis, 9. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quidem eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de ea re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse jubetur.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum prodidit. Quid ergo si auctorem indicavit? (7) Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur Schneid. *hic n. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit, sed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitiosum esse & componere famosum libellum, & prodere. Verum hoc aliis displicet, merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse convincit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 6. §. ult. hoc t.* ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliti Scripti, cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur, ut disputat D. Tuld. *hic n. 3.* (8) Ceterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim rationi locus est, ut eadem animadversione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicat, secundum Gl. ib. Petr. Cyn. Salic. Angel. in *d. l. unic.* Joann. de Plat. & Schneid. *hic* Gomez. *3. resol. 6. n. 1.* Clarit. *vol. 4. dec. 202. n. 36.* Quod autem D. Wesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii; sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, scelestus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam si certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei & excommunicationem, *c. 1. & c. 5. quæst. 1.* Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. Clar. §. *final. quæst. 66. num. 25.* & Bajard. *in add. ibid. num. 64. & seq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Gronevv. *de leg. abrog. Cod. de famos. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfamilias aut prætextatum prætextatamve affectatus) Affectator, qui tacitus frequenter sequitur. (9) Assiduus enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam, Ulp. *l. item apud 16. §. aliud, 22. h. t.* Quibus verbis meo judicio Jurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum lædere volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Materfamilias dicitur quævis mulier honesta, sive nupta, sive vidua, *l. pronunciatum, 46. §. 1. de verb. signif.* Prætextati dicebantur, quod ferebant usque ad annum decimum septimum: quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta prius, ut meminit Cicero in *procemio Lelii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib. 1. noct. c. 23.* mores prætextati Juvenali *saty. 2. vers. ult.* sermo prætextatus: qui aliis est sermo aperte obscœnus (10) Sueton. *in Vespas. c. 22.* Macrob. *2. Saturnal. 1.* aliis qui nihil obscœnitatis habet. Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis a multitudine puerorum obscœna clamentur, auctore Festo. Vide Budæum ad *leg. ult. de senat.* Joann. Britan. *in d. satyr. 2. vers. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & inuptæ a prætextis, quas nubentes deponebant. VINN. Injuriam quoque facere dicitur, qui a prætextato vel prætextata comites abduxerit, *l. 15. §. 17. hoc tit.* de quo contumeliæ genere Casaub. *ad Pers. Satyr. 5. vers. 30.* HEIN.

Pudicitia attentata) (11) Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex publico impudicus fiat, & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l. 9. §. ult. cum l. seq. hoc tit.* Ut ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit; hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Præter appellandi verbo usus est, ut apparet ex *d. l. Item apud 15. 1. appellare, 20. & §. aliud, 22.* Appellare, ait ibi Jurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convicium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiantur? De parente & liberis, viro & uxore, & socero, & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores a viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

COMMENTARIUS.

Patitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in potestate habet; do-

minus

minus per servos: maritus per uxorem; socer per nurum, cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria tamen testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis post hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & si, 4. & §. quoties, 6.*

Per liberos quos in potestate) Hic immediate ipsis liberis fit injuria, & mediate per liberos patri, qui & suo & liberorum nomine injuriam agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio: nisi pater aut præsens non sit, aut si vilis objectæque conditionis persona, *l. sed si, 17. §. ait Prætor, 10. cum §§. seqq. l. pater, 41. h. t. l. 2. C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur in *l. 1. §. ult. eod.* filiæfamiliæ actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si, 17. §. plane 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem Prætoria actio competit *l. 5. §. illud, 6. & seq. eod.* Usque adeo autem injuria, quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l. 1. §. usque, 5. l. si quis 26. eod.*

Per uxorem) Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tamquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l. 1. §. ult. non solum 11. §. quamquam 7. l. cum qui, 18. §. 2. eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud, 15. §. sponsum, 24. eod.*

Filia alicujus, quæ Titio nupta) Hoc igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque illius actio per alium consumitur, *d. l. 1. §. ult.*

Uxor injuriam agere non potest) Si viro facta sit injuria, uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *leg. 8. de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. cap. 5. vers. 23.* Plane si injuria marito facta directa quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt Interpretes. VINN. Hæ rationes hodie non maiæ sunt, originem tamen hujus juris non indicant, videtur potius ex iisdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiæfamiliæ factam. Uxores enim veteri jure fuisse loco filiarum, jam alibi demonstravimus. Vid. *Antiq. nost. Rom. 1. 96. pag. 135.* Sed postea rejecto hoc principio, conclusio mansit, quemadmodum mansit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & socer, &c.) Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiosam. quatuor personæ actionem habeant, illa ipsa, pater ejus, & maritus, & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegat D. Tulden. *cap. 9.*

TEXTUS.

De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores: sed ita tum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domino respicit: veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit: & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convicium fecerit, vel pugno eum percusserit, nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

DUO hic docemur. 1. Servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convicium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud, 15. §. itaque, 44. h. t.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriam agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit: *d. l. item apud 15. §. si quis 35.* Ex quibus efficitur, leviorem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factum non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud, 35. junct. §. 44.* Deinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat, eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio quo servi pro nullis habentur. Cæterum Prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini inultam non reliquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud, 11. §. Prætor, 34. cum seq. & §. Prætor, 43. cum. seq.*

TEXTUS.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri; sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

NOTÆ.

4. *Ex dominorum persona*) Par enim absurdum esset, duobus impari dignitate prædictis parem injuriam interpretari, veluti si unius sit senator, alter persona humilis, *§. 9. infr. eod.* Nec obstat *l. 16. eod.* Vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

OB injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur.

Cujus

Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox. 9. infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis), majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non, 26. eod.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est: quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica duntaxat: & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: immo verba Pauli contrarium arguunt, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

T E X T U S.

De servo fructuario.

5. Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.

C O M M E N T A R I U S.

Si servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, aliter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei qui habet usumfructum, *d. l. item apud 16. §. pen. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. recte, 25. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, *Dict. l. item apud 15. §. pen. eod.*

T E X T U S.

De eo qui bona fide servit.

6. Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is experiri poterit, nisi contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.

C O M M E N T A R I U S.

Si iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud, 15. §. antep. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumeliam illata sit, vel ob causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gom. 3. *resol. 6. num. 6.* Schneid. *hic n. 2.* Taiden. *cap. 9.*

T E X T U S.

Pœna injuriarum ex Leg. XII. Tabularum & ex jure Prætorio.

7. Pœna autem injuriarum ex Lege 12. Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erant constituta, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex Lege 12 Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem Prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito ejus æstimationis constituatur.

N O T Æ.

7. *In desuetudinem abiit.*) Cujus desuetudinis causa fuit Veratius homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gell. *noct. lib. lib. 20. cap. 1.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Qui quarum injuriarum pœna ex Lege 12. Tabularum.*
2 *Instituto Prætorum quomodo injuriæ vindicentur?*

(1) Injuriæ & legibus coercentur & edicto Prætoris. Lex antiqua XII. Tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso, de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. noct. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *h. t.* Ob membrum lex pœnam talionis constituit; ob os fractum, pecuniariam, uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit; nam atrociores, ut de osse fracto, uberiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur: cui & Justin. consentit; sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus: in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus: quoniam pœnæ legis 12. Tabularum diu exoleverunt, aliaque pœna a Prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *sed.*

Talio erat.) Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit; quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est, *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 15.* Joseph. *antiq. 4.*

cap. 6. [illegible] hanc [illegible] nimique acerbam & [illegible] quidem posset, Phavorinus [illegible] apud Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Cui [illegible] Sextus Cæcilius ait, [illegible] ut [illegible] ipse [illegible] facultatem paciscendi habuerit. Sed & [illegible], si reus depacisci noller, & acerbitatem [illegible], ad æstimationem pecuniariam [illegible] redigi necessario [illegible]. Nam si reus, qui depacisci noluerat, [illegible] non [illegible], æstimata lite in pecuniam damnatur: [illegible] si reo & pactio gravis & acerba [illegible] visa fuerit, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* [illegible] Gellio *d. l.* & Festo in verbo *Talio.*

Propter os fractum] Singula ossa membrum non constituunt. Nam, [illegible] gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummariæ pœnæ] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti [illegible] gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra [illegible].

In magna veterum paupertate] His verbis Tribonianus [illegible] videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: [illegible] magnas fuisse veteribus [illegible] in magna rei nummariæ penuria. Unde Dom. Tuldenus [illegible], multas quæ antiquis [illegible] constitutionibus [illegible] percutientes aut [illegible] aliquem [illegible], nosse non [illegible]. Nam apud majores nostros ut [illegible] & [illegible] copiam, ita nummorum [illegible] fuisse. De maximo veterum [illegible] Servio Rege [illegible], vid. Dion. Halicarnass. [illegible] 1. Plin. *lib.* 1[illegible].

Sed postea Prætores] Injuriarum pœna infinito Prætoris [illegible] ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis [illegible]; ut [illegible], qui injuria est affectus, [illegible]: *Injuriam mihi factam [illegible] aureis [illegible]*, Judex deinde moderetur & pro [illegible] taxationem [illegible]. Hæc pœna recepta, legitima ab usu [illegible]. [illegible] apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. [illegible] Lucium Veratium hominem [illegible], qui pro delectamento habebat, os [illegible] palma verberare: [illegible] plenam [illegible], & [illegible], ei numerari statim [illegible] XII. tab. 25. asses [illegible]. Propterea, inquit, Prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, [illegible] æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

[illegible] *dignitatis vitæque honestatem* [illegible] [illegible] persona, cui facta est, [illegible] acerpit. [illegible] in persona [illegible], tradit hic Justinianus. [illegible] pro honestate [illegible] est, aut vitæ [illegible] æstimari: [illegible] in [illegible] in [illegible], [illegible] itaque [illegible].

T E X T U S.

De Lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem [illegible], quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l. 5. hoc tit.* Nam etsi actio Prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ [illegible], *leg.* 7. §. 1. & 2. *eod.* quam quæ verbis fiunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat. 1 Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est: quamquam [illegible] receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. [illegible]* 37. §. 1. *eod.* [illegible] judicium [illegible] putant, [illegible] hoc refellit, *l. [illegible]* 42. §. 1. *de procur.* & quod generaliter traditum est in *l.* 7. *C. h. t.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati [illegible] continere. ideoque nec inter publica judicia vel in *l.* 1. *de publ. judic.* vel in *tot. tit. Inst. de publ. judic.* numeratur. [illegible] eo quod in *l.* 22. *in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionem [illegible] injuriæ, tamquam delicti publici [illegible] omnibus, quod [illegible] judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempubl. [illegible], bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatum vel verberatum] [illegible] scribit, verberare esse cum dolore cædere, pulsare, sine dolore, *d. l.* 5. §. 2. *h. tit.* [illegible] consuetudinem qui [illegible], [illegible] differentiam illam non perpetuo servari. VINN. [illegible] tamen & veteres auctores [illegible] τὸ pulsare & τὸ verberare, tamquam minus & majus. Vide [illegible] Cl. Car. Andr. Duker. *de Lat. Vet. Jur.* [illegible] HEIN.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine [illegible] conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l.* 5. §. 2. unde hæc descripta sunt. Denique ad [illegible] lex pertinet, in quibus qui non [illegible] [illegible], licet [illegible] non habeat: [illegible] enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *l.* 5. §. *si [illegible]* 5. *eod.*

T E X T U S.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab [illegible] vulneratus sit, vel fustibus cæsus: vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit: vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut [illegible]*

patronove suo, a liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis persona aestimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta sit: nam & haec atrox ***injuria aestimabitur.***

COMMENTARIUS.

1 *Poena injuriae, magistratui, officiali, aut apparitori factae, quatenus extendatur ex sententia Interpretum?*

INjuria quaedam levis est, quaedam atrox. Quae sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. 1 Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosiorem & majorem, *l. 7. atrocem 7. hoc tit.* eaque vel species talis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum l. seqq.* Atque ex his causis injuriae aestimatio augeri potest, & poena judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

Vel ex facto) In aestimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus caesus, aut cui os percussum, *dict. leg. 7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convicium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quae fit malo carmine. Liban. *orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco) Secundo aestimatur atrocitas injuriae ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *hoc text. & d. leg. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit in ludis aut in conspectu magistratus: quae ad circumstantiam temporis referuntur in *dict. 7. §. ult. eodem.*

Vel ex persona). Postremo & personae reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta praefert, *l. 4. C. hoc tit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem, aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 7. §. ult.* Tertullianus, *de anima. Gravis injuria in praesidem est, cum officia pulsantur: plus ea laeditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur.* Hanc autem injuriam etiam capitali poena posse compesci, contendit Decius in *c. ex litteris 11. x. de const.* Menoch. *de arb. cas.* 239. (11) quamquam alii interesse putant utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbandam administrationem officii, aut in odium sententiae condemnationis rite per eum irrogatae, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus poena est deportatio *l. 3. l. qui dolo 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ.* quibus assentior. Vide Raid. *tit. C. de poen.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratuum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. Anton. Fab. *Cod. suo, hoc tit. defin. 6.*

Locus vulneris) Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. cap. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt a morte, [illegible]. Basil. *orat. 36.* Sed haec species ad primam referri potest, quae scilicet ipso facto atrox est.

Utrum patrifam. an filiofam.) Utrum injuria patri an filiofam. facta sit, ad augendam aut minuendam injuriae aestimationem nihil interest *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei haec ratio esse videtur, quod patris aut filiifam. nomen non est nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et si quidem civiliter agatur, aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere secundum ejus tenorem, qui ipsa manifestius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*
2 *In actione criminali poenam extra ordinem constitui. Civili electa, hanc consumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quaedam consuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto, aliisque maleficiis non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *h. text. l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam aestimat. Caeterum judex eam aestimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed ut plerumque fit, ex nimio amore, & opinione sui nebulam hic etiam objiciente iracundia: *§. pen. 7. sup. eod.* 1 Haec autem poena uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo haec actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis Praetoria sit ratione causae efficientis. Porro quoniam opinione vulgi conviciis, maledictis, exprobationibus honor & fama alterius laedi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quae cum actionem injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet, tam jure civili Romanorum ea actio incognita est. Vir Clarissimus Ant. Matth. *ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7.* criminalem hanc esse actionem contendit. Marant. *part. 4. dist. 1. num. 10.* Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori poena infligatur, vel quicquam applicetur fisco; sed tantum ut honori & existimationi ejus, qui laesus est, consulatur, alioqui aemulatio ista non admitteretur. Myns. 2. *observat.* 98. Gail. 1. *observat.* 65. Wurms. 1. *pract.*

tit. 47. *observ.* 8. Criminali actione poscitur, vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: quia utraque ad eumdem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *n.* 2. Gail. *de observ. n.* 1. Marant. *d. dist. n.* 5. Matth. *d. loc. n.* 8. Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 4. in princ. hoc tit. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos* 18. *C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit.* fac ratio in *l. 1. C. de sentent. & interl.* (2) Addunt ergo Interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut auctore nolente recipere apud acta deposuerit, *argum. le si reus* 73. *de proc.* Gail. 2. *observ.* 102. *num.* 12. *& observ. seq. per* tot. Wurmser. *d. tit.* 47. *observ.* 5. *n.* 7. Wesemb. *parat. de his qui not. fam. num.* 9. Christin. *vol.* 4. *decis.* 202. *num.* 26. Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus* 73. *de procur.* commode accipi potest de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam pacisci, *arg. l. 4. §. ult. cum l. seq.* junct. *l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. Gail. 1. *observ.* 65. *num.* 6. Wesemb. *consult.* 12. *n.* 26. Marq. Freher. *de existim. lib.* 3. *cap.* 8. *& seq.* Christ. *vol.* 4. *n.* 20. *dec.* 202. Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione conservet, transactum sit, *leg. quid ergo* 13. *§. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum si sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turp.* & regula tradita in *l. non poterit* 63. *de furt.* Zas. *in l. actio* 45. *§. de amplianda* 1. *de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illustres & per procuratores) Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriam & per se & per procuratorem potest, *l. non solum* 11. *§. 2. hoc tit.* criminaliter non potest, nisi per se, propter inscriptionem in crimen. Ceterum Zeno constitutione sua illustribus, veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. Cod. hoc tit.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur Christ. *vol. decis.* 202. *n.* 7. Bos. in *l. licet* 42. *§. 1. de procur.* VINN. Et id ubique observatur, partim quia inscriptio hodie cessat; partim quia non amplius aliquis usus est dominii litis. Cessante autem causa unica & adæquata, effectum etiam cessare oportere palam est. HEIN.

T E X T U S.

Qui teneatur injuriarum?

11. *Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit vel curavit, vel qui procuravit, uti cui mala pugno percuteretur.*

C O M M E N T A R I U S.

Actio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solum* 11. *princ. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l.* 11. §. 3. Add. quæ notamus ad §. *illud* 8. *sup. de mand.*

T E X T U S.

Quomodo tollitur hæc actio?

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c.*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur?*
3 *An idem obtineat & in reali injuria?*
4 *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse communionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

INjuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *leg. si abi* 17. *§. 1. l. si unus* 27. 2. 2. *de pact. leg. sed si* 17. *§. si ante* 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse, censent juris nostri Interpretes. (1) Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si forte vulnus illatum, membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud* 15. *§. si quis* 46. *eod.* Clar. *lib.* 5. *§. fin. qu.* 58. *num.* 38. Covarruv. 2. *resolut.* 10. *num.* 7. Gomez. 3. *resolution.* 3. *num.* 37. vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi judicio injuriam excepit, ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc tit.* (2) Ubi Juris consultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quamdam condonationis & remissionis injuriæ: iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is, qui dissimulat, nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali duntaxat. (3) In reali vero, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. Tulden *hic c. ult.* Dissimulationis quoque & tacitæ remissionis species quam-

dam

dam videtur, si quis cum eo, a quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. Clar. §. *injuria n.* 10. Damhoud. *prax. crim. c. 6. n.* 10. (4) Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ, ubi definivit Curia Frisiæ, teste D. Joann: a Sande *lib. 5. tit.* 8. *defin.* 12. Ant.Matth. *ff. hoc tit. n.* 15. quem vide, *Nau vai.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. injuriarum 13. in pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si 17. §. si ante 6. in fin. hoc tit. l. 5. Cod. eod.* Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat. Clar. *d.* §. *injuria n.* 9. Mynsing. 5. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si* 14. §. *si causa 2. quod met. caus.* & facit quod in cæteris Prætoris annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi, aut judicis adeundi potestas non est, *l. 1. in fin. de divers. & temp. præscr. l. 3. §. ult. de accusat*, tum ratione initii, quod non incipiat currere ignorantiam experiri impedito, *d. l. 1. de div. & temp. præscr. l. 2. quis ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui a die scientiæ demum currat contra Old. *class. 7. act.* 10. Schneid. *ad §. sed & hoc tit.* & alios quosdam, recte docent Gall. 2. *observ.* 105. Myns. 5. *observ.* 7. *n.* 7. Facin. 9. *contr.* 8. Christ. *vol.* 4. *decis.* 202. *n.* 8. 9. & 10. (5) Plane quod dicimus actionem injuriarum anni spatio finiri, id tantum pertinet ad actionem Prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *infr. de perpet. & temp. actio in princ.* Clar. *d. §. injuria n.* 9. Marant. *par* 4 *dist.* 1. *n.* 59. Fadhin. 9. *contr.* 7. quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. Myns. 2. *observ.* 84. & 5. *observ.* 7. Gail. 2. *observ.* 105. Wurmser. *tit.* 47. *de injur. observat.* 1. *dec. Cur. Holl.* 13. D. Joann. a Sande *lib. 5. tit.* 8. *defin.* 3. Non obstat huic sententiæ *lib. 5. Cod. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali dumtaxat, quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS QUINTUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

***Dig. Lib.* 47. *Tit.* 6. *Cod. Lib.* 9. *Tit.* 3.**

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.

QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium, de quo exponendo hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis proprie quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sunt negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proxime accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis proprie in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus: quæ ideo nostri *quasi maleficia*, & *quasi delicta* appellavrunt: quorum species hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam; ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

COMMENTARIUS.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquo ex delicto obligetur ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.*

2 *Cur, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur?*

3 *Dolus judicis quomodo puniatur?*

SPecies quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, *l. 5. §. si judex 4. de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. *imperitia 7. supr. de l. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ; (1) Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l. 9. §. pen. l. item quæritur 13. 1. si gemma 5 locat.* Denique casus hic separatus est a lege Aquilia, qua damnum corpori datum dumtaxat coercetur, §. *ult. sup. de l. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: (2) teste D. Tulden. *hic cap.* 1. & Joseph. Ludic. *decis.* 1. *num.* 50. Baro *comment. part. ult.* Bugnon. *lib.* 1. *de leg. abrog. Satyr.* 2. & 124. ad Pappon. *lib.* 16. *tit.* 2. *arrest.* 12. 13. 14.

Litem suam fecerit.) Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere in summa, quia ex judice fit reus. Cicero 2. *de orat.* *cap.* 75.

cap. 75. Quid sit, cum quo altero agitur, litem suam facere? [illegible]

Litem per imprudentiam.) Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo iniquè decernit, sed etiam cum imprudenter: sed illo casu ex vero; hoc ex quasi delicto obligatur, *d. l. 5. §. si ju-* [illegible]*, 4. de oblig. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis.) Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ex bono & æquum judici videbitur, condemnatur facta existimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis competit, qui ea sententia laesi sunt, [illegible] adversarii, si reus in ea absolutus est; vel, si injuste est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, a quo appellavit, hanc actionem dari. 3 Dolo judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui [illegible] largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, *l. filiusfamil. 15. §. 1. de judic. l. ult. Cod. de pœn. jud. qui male judic.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *dict. l. 3. & 4. de l. Jul. rep.*

TEXTUS.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

1. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quanti damnum datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivet, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.*

NOTÆ.

Ob alterius culpam.) Habitator suam suorumque culpam [illegible], *l. pen.* [illegible]

[illegible], qui posuit aut [illegible] ad [illegible] est, id est, cuivis [illegible]

[illegible]) Cicatricum autem & deformitatis [illegible], *d. l. 1.* [illegible] *§. 6. leg. 5. § 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

SEcunda species quasi maleficii est, non præcavere, ne quid a domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *d. l. 5. §. is quoque penult. de oblig. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est a Prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effund.*

Vel proprio ipsius vel conducto.) Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, an gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel gratuito. Hospes plane non tenebitur: quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ult. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel effud.* Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est *d. l. pen. § ult. e. d.*

Per eum vulgo iter.) In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito Prætor edixit: quippe cum publice intersit, metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat. *d. l. 5. in prin. & §. 1. & 2.*

Ideo non proprie ex maleficio.) Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is proprie dici non potest ex maleficio obligatus; quia plerumque ob factum & culpam alterius, tenetur. Sed tamen quoniam non creditur per omnia sine culpa, quod prospicere & cavere debebat, ne quid a domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, *leg. penul. §. 2. eodem titulo*, dejiceretur, per culpæ absque [illegible], & ergo quasi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effusis & ante Prætoris edictum legem Aquiliam, existimat Vir Anton. Corn. Van-Bynkersh. *Observ. 1. 13.* immo ipsum caput legis Aquiliæ secundum ea de re egisse censet. (Quæ si vera sunt, (sunt autem verisimillima,) eo majus robur accedet sententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quasi delicta vindicasse existimant. HEIN.

Positum aut suspensum.) Tertia species quasi maleficii est, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *leg. 5. §. is quoque, 5. de oblig. & action.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *leg. 5. §. Prætor ait, 6. cum seqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis e populo conceditur, *dict. leg. 5. ultim.* Non privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli) De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *leg. 1. in princ. dict. titul.*

titul. Hæc igitur a lege [illegible], cum civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus infitiantem in duplum datur, §. *sed furti*, 26. *in fin. de action.* nimirum Prætor securitate viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l.* 5. §. *cum autem*, 4. *de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. *aureorum*) Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *leg.* 1. *in princip. dict. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l.* 1. §. *sed cum*, 5. *eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l.* 5. §. *hoc autem*, 5. *eod.* junct. *l.* 12. *de verb. signific.*

Si vivat, nocitumque ei esse dicatur) Hæc verba edicti, *si vivat, nocitumque ei esse dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *dict. l.* 1. §. *hæc autem*, 6. puta si vulneratus sit aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l.* 1. *in princ.* quæ læsio perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l.* 5. §. *hæc autem*, 5. In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. de tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occisum exolevit: vid. Groenevv. *d. l. abrog.* hic, & ibi citatos; & adde, quæ notavimus *sup. ad pr. n.* 2. & §. *hic autem*, 9. *item ad* §. *cap.* 3. *n.* 2. *d. l. Aquil.*

T E X T U S.

De filiofamilias seorsim habitante a patre.

1. *Si filiusfamilias seorsim a patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiifamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.*

N O T Æ.

2. *In patrem nullam esse actionem*) Neque de peculio, neque noxalem, *l.* 5. §. *pen. infin. de oblig. & act.* De peculio, ideo non datur, quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l.* 1. §. 7. *de his qui effud. l.* 58. *de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre numquam agitur, §. *ultim. infr. de nox. act.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur? & num.* 2.

SI ex filiifam. seorsum a patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit; non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *l.* 5. §. [illegible] *oblig. & act. n.* (1) in patrem, de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu seu quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l.* 1. §. *filiusfam.* 7. *de his, qui deject.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifam. nullo modo cum patre agi potest; non actione noxali, §. *ult. infr. de noxal. action.* non de peculio, *l. in pœnalibus*, 58. *de reg. jur.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle & facto filii pro modo peculii obligari, cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Hinc si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest, ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l.* 3. §. *idem scribit*, 11. *de pecul.*

Quod & in filiusfam. judice) Filiusfamil. judex si litem suam fecerit, non pater, sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfam. l.* 15. *de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actione peculio demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusf.* 15. qui litem suam fecit in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen poterunt Accurs. *ad d. l.* Cujac. 13. *observ.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

T E X T U S.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponem, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hæc actio, & aliquatenus culpæ reus est, quorum opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quæ hæredibus quidem datur, adversus hæredem autem non competit.*

N O T Æ.

3. *Item exercitor navis*) Ex Cajo, *l.* 6. §. *ult. de oblig. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, cauponez, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen.* §. *ult. d. tit.*

De dolo) *D. l.* 5. §. *ult.* Cujac. & Hotomann. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis secuti & sententiam, *l.* 5. §. 1. *naut. caup.*

Caupona aut stabulo) Apparet, stabulum hic non accipi pro caupona aut diversorio: aut alias sæpe: sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *naut. caup. stab.* pro ταμείῳ κτηνῶν.

COMMENTARIUS.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto Prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent: quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii a vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *leg. 1. naut. caup. stabul.* Ex eadem causa est, & actio civilis, ex locato aut conducto aut depositi; nec tamen ideo otiosa est actio honoraria; quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est, aut res periit sine culpa ejus qui recipit, modo ne fato aut vi majore, *leg. 3. §. 1. dict. titul.* quo loco & *dict. leg. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in ceteris constituta sit: nempe ut innotesceret, Prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet; ad eam referendæ sunt interpretationes. Ceterum sub *dict. titul. naut. caup. stabul.* usque ad *leg. penult. §. ultim.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum, aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *leg. 6 §. ultim. de oblig. & action. dict. leg. penult. §. ultim. naut. caup. stabul.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illa sunt. Ex quasi maleficio ideo esse dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *dict. leg. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit a vectoribus, aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, *leg. ultim. §. 2. naut. caup. stabul.* sed prior illa ex contractu, *leg. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in princ. eod.* Illa pœnalis est dupli, *dict. leg. ultim. §. 1.* quia Prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Ceterum pœna hæc dupli exolevit ut & cetera similes.

Caupona aut stabulo) Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχείῳ, vel καταλύματι, sæpe accipi, satis notum est. In hoc autem edicto, ubi Prætor stabularios a cauponibus distinguit, significat locum ubi jumenta stabulantur, *leg. 5. ff. de titul.* [illegible], cujusmodi stabula fere cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio) Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur) *D. leg. ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset, hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, *vid. infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 6. Cod. Lib. 4. Tit. 10.
Conjunctio.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum Interpr. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit.*
4 *Ex quo jure actionis proficiscantur, accurata differtatio.*
5 *Actionis nomen quam late pateat?*
6 *Quot modis usurpetur a nostris? & quæ significatio huc pertineat?*

SUperest) Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error Interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proxime præcedentem de obligationibus; quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. *1.* & ejus item quarti; atque hic locus id vel maxime desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non minus lusciotioso pervideri queat. (1) Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *titul. de jur. naturæ gentium & civilium*: qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quo ratio methodi exigit; deinde singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est aut ei debetur, sive de dominio ceteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *tituli de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum: quibus locis simul nobis explicati sunt modi acquisitiones rerum, atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, quod diximus, Interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. præced. titul. de obligat.* (2) Atque hoc loco eamdem continuari: quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio: illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est

em-

omnium actionum, sed eandem dumtaxat, quæ in personam sunt, & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, a vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est. (3) Etenim quod omnino notandum est, actio in proposita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito: qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *leg. bonorum*, 39. *de verb. signif.* ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio; quatenus est via sive medium, per quod ad id quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus consideratur, ut instituenda exercendaque in judicio, ut recte Tinæus Fab. *disput. de action. thes.* 1. Vix interpretem inveneris, qui hic in vestibulo quæsiturus sit, ex quo jure actiones proficiscantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quæstio minime obscura. Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. (4) Certum est leges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens aut vixit, aut vivere potuit; alioquin ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhuc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere, trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus quod vel dominii nostri sit, si id possessor, qui possidet, non restituat; vel quod in obligationem a nobis deductum, si id debitor non præstet, obtinere liceat. Nam certe frustra sit, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris, aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, cives in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juri gentium adscripturus sit ea, quibus concessis nec esse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epistol.* 10. *Factum est*, inquit, *iura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum*: & statim, *hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nisi proprio agerétur impulsu. Quid enim a bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* fac. *lex non est singulis*, 176. *de reg. jur. leg. extat*, 13. *quod met. caus.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *leg.* 2. §. *his legibus*, 6. *de origin. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum accidentali & juris Romani propria? quam scilicet a prudentibus acceperunt, compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quia actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita sæpe appellantur, quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & omnium jure gentium res dicitur in *leg. rerum* 15. *de act. rerum amot.* Tertio, quod naturalis obligatio tamen efficax non est, ut actionem producat; quasi vero quod non producat, non sit a jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo, quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Inepte. Nam id tamen obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinet, nec tutelam, nec jus testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manent. His locis ostendimus, quamvis propter adjecta a jure civili qualitatem & determinationem usus recte dicantur esse juris civilis, ut & actiones; per *leg. 6. de just. & jur.*

(5) *De actionibus*; Nomen actionis latissime patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passioni opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus vocis significatione, quam hoc etiam tum, cum ad usum forensem restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure usus est. Primum latissime accipitur; & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit sive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accusationis, *leg. penult. si ex nox. caus. arg. leg. ult. de priv. delict. l.* 1. *de crim. stell. l.* 13. *de accus. leg.* 4. *C. de edendo rubr. C. quand. civ. act. crim.* Secundo minus quidem late quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissime, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes Prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur, *leg. actionis*, 37. *de oblig. & act. l. actionis*, 34. *l. pecuniæ*, 178. §. 2. *de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *l. actionum*, 25. *ff. de oblig. & act.* §. 1. *instr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes Prætorias contineat, *l. sed & hæ*, 35. §. 2. *l. non solum*, 39. *de proc. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Quarto & postremo strictissime atque angustissime, ut solam denotet actionem in personam, *leg. actio*, 28. *hoc tit. ff. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 2. *supr. quib. mod. obl. toll. leg. & uno*, 18. §. 1. *de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit

t...

[illegible] divisio, in qua tertio [illegible] tertium tertius juris [illegible]. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, [illegible], lis, causa, controversia, conventio, ju[illegible] & [illegible] judicii pro actione sæpe sumitur: ut [illegible] leg. 1. [illegible] pass. ff. & C. fam. erc. & Prætor [illegible] judicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud, quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.

NOTÆ.

Jus persequendi) Auctor hujus definitionis *Celsus leg. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsito dependet: qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *leg. 49. de verb. signif.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid significet?*
2 *[illegible] qui formulam interpretatur.*
3 *[illegible] quod sibi debetur, propria occupare [illegible].*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio?*
5 *Repetuntur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti? in quo plerique hallucinantur.*
7 *[illegible] fuisse forum: nunc autem [illegible] habere.*
8 *[illegible] forum esse & locum domicilii: tum quod [illegible]?*
9 *[illegible].*
10 *[illegible] forum quæ tribuant: & quid mutatum [illegible].*
11 *[illegible] in loco domicilii possessoris [illegible] contra Donellum.*
12 *Eum, qui per se [illegible] non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis?*
13. *Definitionem hanc etiam complecti actionem in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul [illegible].*
15 *Item actioni injuriarum, & repetitioni usurarum.*

1 A*Ctio nihil aliud est, quam jus*) Auctor hujus definitionis est Celsus, *in leg. nihil aliud, 51. [illegible] tit.* Generis [illegible] jus ponitur: quod vocabulum cum [illegible] in perpetuos usus juris, adeoque [illegible] significat potestatem [illegible], [illegible], jus retinendi, jus [illegible], [illegible], agendi, utendi, [illegible]. [illegible] 2 [illegible] formulam in[illegible]. [illegible] formulas earum [illegible]; atque ut [illegible], cum Prætor se actionem [illegible] pollicetur, [illegible] nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula a Prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit; & dominus ipsa possessione jus agendi habet statim, idest, etiam antequam Prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maxime tu jam actu intentatam considerres, formula tamen proprie dici non potest, magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *leg. actus, 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam civilem, Prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. recte dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti, qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in judicio) His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitionis extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l. g. 178. §. 2. de verb. signif.*

3 *In judicio*) His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo judicio eum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *leg. extat, 13. quod met. caus.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt; 1. quid hæc verba *In judicio* significent. 2. quis dicatur judex competens. Primum quod attinet diversa veteribus sunt, *In jure* & *in judicio*. 4 In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud Prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ a Prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure a Prætore dabatur, apud judicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus judicare jussi sunt, *l. 2. Cod. de pedan. judic.* perexiguus hujus differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & Prætor ipse olim explicabat, in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eumdem magistratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia enucleantur a celeberrimo Gerardo Noodtio, *lib. 1. de jurisd. c. 6. & 8.* ubi docuit, Prætorem de jure, judicem de facto cognovisse, & hoc institu-

tum ipsi urbi fuisse coævum, quia idem Dionys. Halic. *lib.* 2. Refert Romulum quæstionum per se cognovisse, quasdam per judices. Unde cadit conjectura auctoris nostri, quam sequente n. 5. proponit. Illud. (5) Operæ pretium est, non abs re fuerit. Initio quidem Prætorem ipsum, utpote jus dicendo inter se controversiis disceptantibus ac injuriam constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus cohonestandam, & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est ut Prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure geri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, adjuncti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur Scip. Gent. 2. *de jurisd.* 8. Coras. 3. *misc.* 18. Duaren. *de jud. c.* 18. *de jud. dat.* Sigon. 2. *de antiq. jur. civ. c.* 18. *& seq.* Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, judices esse desinebant, *leg.* 5. *l.* 15. *l. judex*, 55. *de re jud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & a magistratibus separari solent, *d. l.* 15. *& 55. de re jud. l.* 2. *de reg. jur. l.* 1. *& l.* 3. *de jurisd.* Usque adeo vero hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipse Prætor judicium unquam susciperet, & si fides Duareno *lib.* 1. *disp.* 13. ne potuerit quidem Prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l.* 4. *de tut. da. ter. ult. ff. de Præs. l.* 8. [illegible] *de off. præs. l.* 2. *Cod. de ped. jud.* Alii tamen id arbitrium fuisse existimant argumento legis, quam inter suas, atque ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Jurisdictionem, qui privato judicet, judicarive jubeat, Prætor esto.* (6) Quod in medio relinquimus. Illud constat excepisse saltem nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant, quæ cognitiones Prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinariorum atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicii, sine formula, hæ causæ expediebantur, & disceptabantur a Prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l.* 1. *de extr. cogn.* persecutio fideicommissi, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Ulp. *tit.* 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt, *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l.* 13. §. 1. *l.* 24. §. *ult. de min.* Cui. *par. C. ubi caus. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præjudicia. Recte an secus ambigo. Nam præjudicia in *d. l.* 1. §. 2. *de rei vind.* aperte separantur a cognitione Prætoria. Ut in his causis partes ad judicem mitti dicuntur, *l.* 8. §. 1. *& l.* 9. *de lib. caus.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l.* 7. §. 1. *& seq. l.* 14. §. 1. *de lib. caus. l. servus*, 34. §. *ult. vers. qui ergo de statu lib.* 7. §. 1. *in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Cas.* & Sveton. in *Vesp. cap.* 3. refert, *Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronunciatam.* Nec multum movet, quod traditum est in *l. nec distinguemus*, 32. *de arbitr. l.* 7. *de recept. arbitr.* eadem licet etiam majores judices posse esse, quam sit compromissum, vel quia etiam judices a Prætore delegati, majores sunt arbitris, qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium judicis dati; sed etiam causæ tractationem, & in hac etiam partes Prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit, & judicium judicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l.* 1. *C. de off. Præt.* ubi Constantinus eandem libertatem propriam facit Prætoris, quod si id fecisset, nisi antea inter judicium ordinarii, *add.* Ræv. 3. *var.* 20. Hotom. 6. *obs.* 6. Sed nec interdicta huc pertinet, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l.* 1. §. 2. *si vent. nom. mul. in poss. l.* 1. *in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l.* 1. *in pr. de vi & vi arm.* quibus locis manifeste referuntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus, extra quam si vel occupationibus publicis, vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l.* 2. *C. de ped. jud.* aut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quod respiciens Justinianus, ait, judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, §. *ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud Prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui soli nunc judicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit judex competens: neque enim promiscue apud quemvis judicem quævis actio institui potest, sed apud eum forum, cujus is est, de quo agitur, notio est; qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex; commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma*, 33. *de Munic.* (7) Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium. *l.* 2. §. *omnes*, 4. *& seqq. l. pen alias*, 24. *de judic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus illud commune sibi non habent. (8) Commune forum item recte dixeris, in quo quisquis conveniri potest quacunque ex causa: quale forum tribuit locus domicilii: & est notandum, circa locum domicilii non tantum intelligi locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *l.* 2. *Cod. de jurisd.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi diserte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis nunquam ibi domicilium habuerit. (9) Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quæratur, quo forte alias non contraxisset, jus illud creditori facto debitoris adimi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ii quovis loco deprehensi detineri judicioque sisti queant. Gudel. *lib.* 4. *cap.* 1. late Pech *in tract. de jur. sistend.* (10) Proprium forum est, quod præter commune tribuunt

buunt causæ singulæ veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem*, 20. *de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur; per *l.* 19. *in princ.* & §. 1. *l. argentarium*, 45. *de judic.* textus est in *cap.* 1. §. *contrahentes* 3. x. *de for. comp. in* 6. Covarr. 1. *qu.* 20. *n.* 3. Sichard. & Vultejus in *l.* 2. *C. de jurisd.* Ant. Fab. *C. suo, ubi conv. qui cert. loc. desin.* 4. & si quidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta, *d. l.* 19. §. 1. *d. l.* 45. Sin autem expresse cautum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus tamquam re ibi contracta, *l.* 3. *de reb. auct. judic. poss. l. contraxisse*, 21. *de oblig. & act.* In Francia & nis regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere*, 65. *de judic.* sic ut *l. hæres*, 19. *de judic. l.* 3. *de reb. auct. jud. poss. l.* 21. *de oblig. & act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ tradit Imbert. & alii allegati a Christ. *vol.* 2. *decis.* 164. (11) In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quos res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium Interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt; per text. non obscurum in *l.* 3. *C. ubi in rem act.* fac. *l. unic. Cod. ubi de hær.* Quamquam Gudelinus notat, praxim illud maxime observare, ut ibi dumtaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib.* 4. *cap.* 2. Unus fere Donellus noster *lib.* 17. *comm.* 17. ab hac sententia recessit contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ; ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur*, 38. *de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres, a quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere, ut nova lite pro executione rei opus sit; non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debeant, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juravit, *l. ejus rei*, 46. *cum seb. de rei vind. l.* 5. & 8. *de in lit. jur.* (12) Quæstiones criminum ubi exerceantur, docet *l.* 1. & 2. *cum auth. seq. C. ubi de crim.* Illud cæterum adjecto, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni, seu reconventioni, ut nunc in foro loquitur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipsi litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l.* 22. *de judic. l.* 14. *C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncti autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum. Quo in loco prius de possessione actum est etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *leg. nulli*, 10. *C. de judic.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari; quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum, Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 2. ubi de foro competente late & eleganter disputat, *artic.* 19. *Instruct. supr. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cum alius judex, quam cujus notio est, ex conventione aditur, *l.* 18. *de jurisdict. l.* 1. *de judic.* de quo consule DD. *ad dict. l.* 1. & *cap. si diligenti*, 12. x. *de form. comp.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 260.

Quod sibi debetur) Hotom. 3. *obs.* 17. addit, *vel quod suum est*, ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam dumtaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis debere; *l. Quintus Mutius*, 27. §. 2. *l. scribit*, 34. *in pr. de aur. arg. l.* (13) Sed quid prohibet, verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque dicatur, quod juri præstare tenetur, quamvis facto suo ad id non se obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Justiniani, ut divisio in continenti subjecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulp. in *pecuniæ* 178. §. *ult.* scribit, hoc verbum *debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed quod vigor publicæ disciplinæ postulat vindictam criminis, *l.* 9. §. *quod illicite* 5. *de public.* (14) Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto, verba definitionis etiam actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt, definitore Paulo *l. de pop. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur: *leg.* 1. §. 1. *de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest præferatur, *l.* 3. §. 1. *de popul. act. l.* 3. *in princ. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit, qui ob id etiam, postquam litem contestatus est inter creditores numeratur, *l.* 12. *de verb. signif.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l.* 25. §. *ex hoc adit* 2. *de Senatus. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando, propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen.* §. 1. *de pop. act.* junct. *l.* 12. *de verb. signif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *supr. tit. praeced.* §. 1. & *inf. hoc tod.* §. 12. populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actiones injuriarum. (15) Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum* 28. *de injur.* scilicet quia

quia si quis de ea litem non contestare decesserit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec ille profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, l. 1. *infr. de perp. & temp. act. l.* 13. *de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet: nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari, *l. qui per* 59. §. 1. *de act. emp. l.* 5. *C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter; nec esse propriam actionem, qua principaliter petatur, sed sortis dumtaxat, qua mota & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos, apud judices arbitrosve de quacumque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditæ actiones in rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitrosve*) Judicum nomine intelligit judices addictos judiciis bonæ fidei, *l.* 15. *de re judic. l.* 7. *de l. Jul. rep.* quamquam & arbitrii ex compromisso sumpti huc pertinent, *l.* 1. *de rec. arbitr.*

Quo casu proditæ actiones in rem) Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l.* 20. *hoc tit.*

Quam Titius suam esse) Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. ff. & Cod. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l.* 23. *eod.* Utilis tam emphyteutæ & superficiario datur, *l.* 1. §. 1. *ag. vect. l.* 74. *de rei vind.*

Possessor dominum se dicat) Aut utique neget petitorem dominum esse: nam contra vindicet, non est necessarium, §. 4. *infr. de interd. l.* 4. *Cod. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non a materia, sed a causa efficiente sumptam esse.*
2 *Indicatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
3 *Personæ ad constituendum judicium necessariæ.*
4 *Quam varie nomina hæc, judex, & arbiter, accipiantur, sive conjunctim sive per se posita:*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*
6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoquoque membro, mixtarum scilicet actionum, mutilatam.*
7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, tertiam speciem constituere.*
8 *Actio in personam quid, cui, adversus quem detur?*
9 *Quo effectu creditor nomen alienet?*
10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*
11 *Actione in personam quid petatur? ubi & insigne discrimen inter hanc & illam, quæ est in rem circa causam libello complectendam.*
12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ, & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi?*
14 *Formula, quæ adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa, de qua hic agitur?*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam ipsam actionem & primum de dominio.*
17 *Necesse esse ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiatur? Aliaque non passim obvia.*
18 *Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*
19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones; quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularem veluc in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi a nostris, ut in *l.* 3. *de stat. hom. l.* 1. *de rer. div.* §. 1. *infr. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. (1) Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc, *in rem & personam*, præ se ferunt. Nos tamen a causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est a jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat cum hic ipse locus, tum *l. actionum*, 25. *ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur, actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat: actio in rem, quia conveniatur res ipsa: quod natura fieri non potest: nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur, ut dicant rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem prpterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *leg.* 7. *ff. de publician.* item *l.* 19. *de jur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ, ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum: ac proinde quasi a prædiis exigi, atque a possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecunia, quam quis a debitore suo in solidum accepit, revocata, usuras præstari, eo quod res, in persona convenitur, quod sic explicatur, in *l.* 5. *Cod. de priv. fisc.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratorio agit. At cum utraque actione & res petatur,

tur, & persona convenitur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est unde petitum est, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. (2) Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tanquam a causa efficiente proxima, & ideo variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. *Jus in re*, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. *Jus ad rem* unum est, obligatio scilicet, sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illam in rem dicitur, quia domino quod debetur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic convenitur, hoc est, possessor, tamen non conveniatur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat: cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *leg. si autem*, 27. §. 1. *l. ultim. de rei vind.*

Quibus inter aliquos apud judices) (3) Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum judicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur. & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci [illegible] appellant, & more Græcorum nostri aliquando [illegible], *l. C. de jurejurando propt. cal. l.* 13. §. 2. *de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controversiæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

Judices arbitrive) (4) Nomina hæc judex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Judex proprie dicitur, quia ita judicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim judicandi munus publicum est, *l.* [illegible], 78. *ff. de* [illegible] *leg. ult.* §. *judicandi*, 14. *de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id est potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l.* 5. *de re judic.* Improprie judices dicuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur, quippe consensus privatorum judicem facere non potest, *l.* 3. *C. de jurisd.* Appellantur autem judices propter similitudinem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis funguntur, & arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sint, *l.* 1. *l.* 13. §. 2. *de rec. arbitr. l. pen. ff. l.* 14. *C. de judic.* ac tametsi sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habent vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt; & maxime in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo: unde & judicia ipsa arbitria, *leg.* 24. *dep. l. leg. arbitrium*, 34. *leg. ultim. ff. l.* 15. *l.* 17. *Cod. famil. ercisc. l.* 18. *ff. l.* 3. *Cod. comm. divid. l. pro socio* 38. *ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis judices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo plura ad §. 28. & 30. *inf.* Præterea nomen judicis etiam tunc cum proprie usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & judicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *leg.* 1. *de judic. tot. tit. Cod. de jurisdict. omn. judic. titul. digest. Codice de reb. auct. judic. poss.* sive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis judicibus duntaxat, hoc est, iis qui dati sunt a magistratibus aliisve qui jus dandi judicem habeant; in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, *l.* 1. & 3. *de jurisd. l.* 12. §. *l. in privatis*, 77. *de judic. l.* 15. *l. judex*, 55. *de re judic. l.* 2 *de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cum judicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cum hæc duo conjunguntur, judices arbitrive, & maxime cum additur, a magistratu dati, ut in *leg.* 15. *de re judic. l.* 6. *de l. Jul. rep.* Quod cum fit, judicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum judices, datos quidem a magistratu, sed in judiciis stricti juris potestate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri, judices item veros quidem intelligimus, sed qui addicti sunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *leg.* 15. §. 4. *quod met. caus.* minime autem tales, ad quos ex compromisso itur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet *lib.* 3. *de benef. cap.* 3. sic scribit: *Melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur, qui illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Plane cum simpliciter hæ voces, judex & arbiter junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in *l.* 9. *ff. de re jud.* scribit, furioso sententiam a judice vel arbitro dici non posse; unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur. Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quam si ordine judiciario, id est, causa more judiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerit, *leg.* 1. *de rec. arb.* VINN. Quam diversa fuerit judicum arbitrorumque potestas, ex ipsis formulis, quibus dati solebant, patet. Judex in stri-

stricti juris judiciis ita dabatur. *Cod. Aquili, Judex esto, si paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, sed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Rosc. cap.* 4. contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *si paret, Catulum Servilio domum vendidisse, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat, tanti damnatur.* In arbitrariis denique: *Arbiter esto: & si paret, Mævium vestem Servilii habere, neque eis arbitrio tuo exhibueris, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato:* Hic ergo aliquid arbitrio arbitri, vel judicis erat relictum, ut posset & usurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic.* 1. 24. HEINN. (5) Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut judices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam, sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, *leg.* 75. *cum seq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari potest, quos lis aliqua decise arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, prorsusque aliena a ratione juris civilis Interpp. distinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam judices servato ordine judiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut post Coras. 4. *miscell.* 4. 18. bene ostendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arb. c.* 1. *num.* 2. usu tamen Interpp. distinctio invaluit, Gall. 1. *observ.* 150. Merul. *lib.* 1. *tit.* 7.

In *duo genera*) Ita & Ulpian. in *l.* 15. *ff. hoc titul.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex. §. 20. *infr. eodem*, actiones, scilicet mixtas, cujusmodi sint actio familiæ ercifcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait, mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam: item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in *leg.* 7. *Cod. de hæred. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quam in personam actionum efficit, de qua Cujacius *part. Cod. fin. reg.* At enim vero si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ posita sunt, pertineat. Nec accipio responsionem quorumdam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisse, sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in *dict.* §. 20. leges divisionis & methodi insuper habendas. Hæc enim responsio, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem, duo duntaxat actionum genera in *dict. leg.* 25. ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis superfit, ab utroque distinctum. Ego sic sentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judiciis, familiæ ercifcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, *leg.* 1. *fin. regul.* ut & ipse Justinianus in *leg.* 1. §. 1. *Codice de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *leg.* 25. §. *antepenult. de hæred. pet. leg.* 1. *leg.* 27. §. 3. *de rei vind.* ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione, *d. leg.* 1. *fin. reg.* cum *dict. leg.* 25. §. *antepenult.* Nam *dict. leg.* 1. Paulus sic diserte scribit: *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quam si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censeri debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in *leg.* 3. *Codice eodem*, & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur, qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, *leg.* 2. *leg.* 3. *fin. fin. reg.* §. *penult. infr. de offic. jud.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ ercifcundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur a communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, *leg.* 1. §. 1. *famil. ercis.* Ex contrario in *dist. leg.* 25. §. *antepenult.* Ulpian. *Petitio hæreditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret: petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur: ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ a debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se, & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actiones hasce etiam ratione essentiæ suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio scilicet & obligatione. Nam præterquam quod hoc a mente veterum longe alienum est, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æque in personam, hæc æque in rem esset, atque utraque in essentiali origine tam in rem, quam in personam?) non caret etiam implicatione con-

contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius: cæterum se inde expediri conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio, & causa agendi. Cum itaque duplex sit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipsa & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure dominii, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam esse intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ a debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati, *leg.* 3. §. *comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam in qua producenda duæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est: quod & nomen ipsum satis arguit, *leg.* 28. *ff. hoc tit.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse, *l.* 14. §. *comm. divid.* sed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, proinde, ac quisque, qui se obligavit, tenetur, hoc est etiam exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l.* 20. §. *ult. de hæred. pet.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *leg.* 7. *Cod. de her. pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione; sed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum suspecta communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque, & condemnationes: quam ad præstationem lucri, damni, impensarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua, instar eorum, qui rem vindicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam suam obtinere videri, tam in rem, quam in personam, *dict.* §. 20. *inf.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus in *l.* 1. *fin. regul.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. (7) Minus autem ferendi sunt, qui actiones quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, *leg.* 9. §. *ult. quod met. caus.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quam quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in §. *præterea* 31. *infra eodem*, & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in *leg.* 14. §. *quod si* 11. *quod met. caus.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulpian. in *dict. l.* 9. §. 1. *& ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi Duar. *ad l.* 7. *pactorum*, 8. *de pact. & ad tit. quod met. caus.* c. 3. Donell. *hoc loco*, *&* 15. *comm.* 38. VINN. Quamvis quæstio illa, denturne actiones mixtæ? non adeo magni momenti sit, & ipsi alio loco ostenderimus, posse doctrinam de actionibus & sine hac distinctione explicari: non tamen existimo absurdam esse eorum sententiam, qui mixtas actiones reperiri contendunt. Nam (1) quamvis & Ulpian. *l.* 25. *ff. obl. & act.* & Tribonianus hoc §. actiones in duo summa genera partiantur; nihil tamen in jure nostro frequentius est, quam ob species, quæ mixtam causam habent, modo bipartitam, modo tripartitam dari divisionem. Vid. Noodt *Prob.* 1. 12. (2) Quamvis petitio hæreditatis nascatur ex jure hæreditario, simul tamen etiam pro fundamento habet quasi contractum, puta administrationem rei alienæ, *arg.* l. 1. *l.* 3. *l.* 10. §. 1. *l.* 25. §. 11. *l.* 10. §. 1. *ff. hoc tit.* (3) Ita & justitia divisoria manifesto & Jus in re ponunt, & obligationem ex quasi contractu. Unde non nude in *personam* esse dicuntur hæ actiones, sed *pro rei vindicatione*, *l.* 1. *ff. fin. reg.* & speciatim judicium communi dividundo *magis ex re, quam ex persona socii*, nasci dicitur, *l.* 29. *princ. ff. comm. div.* (4) Non absurdum est, veteres JCtos hæreditatis petitionem realem, judicia divisoria personalia dixisse, quamvis mixtæ sint naturæ. Denominationem enim sæpe in mixtis ab eo sumimus, quod prævalet; & sufficit mixtas has actiones diserte appellari in §. 50. *hoc tit. & l.* 7. *Cod. de hær. petit.* Non enim sane ob finem ita dicuntur, sed quia duplex hic est causa petendi; jus in re & obligatio. HEIN.

(8) *Cum eo qui obligatus*) Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. action.* 25. *ff. h. t.* ut actio qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio, obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est, quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eumdem detur. Quod adversus eumdem semper locum habet ut scribit JCtus in *d. l.* 25. mirum non est: neque enim obligatio a persona debitoris separari aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum, *Interpp. hic*. Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est: nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. *&* 18. *de inut. stipul. leg. stipul.* 38. §. *alteri* 17. *sup. de Verb. oblig. l.* 11. *de oblig. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum

dictum §. 19. *sup. dict. tit.* (9 At enim vero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales & quæ dominii nostri sunt a nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l. 16. ff. de pact. l. 5. l. 8. Cod. de hæred. vel act. vend. l. 18. C. de legat.* de quo fuse & subtiliter ea differit Bachov. *de act. disp. 4. thes. 2. & 3.* 10) In actione in rem utramque contrario modo se habet. Nam cum ea non ex alia causa nascatur, quam ex dominio, aut simili in rem jure: hoc autem jus a domino, una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat; inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissime rei de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eumdem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.* Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolute concipitur sine designatione certæ personæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse*: in personalibus autem relata est & directa in personam rei. *Ajo, te mihi centum dare oportere.* (11) Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendis petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero, ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi; sed addenda causa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato, aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, necne. At in actione in personam, nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cum id opposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur. Add. Gail. 1. *observ. 61.* Schneid. *hic. n. 110 & seqq.* Donellus *ad leg. 3. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio) Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. *& seq. inf. hoc tit.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l. 16. de neg. gest. l. ex contract. 49. de oblig. & act.* Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, §. *ult. supr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quæcumque, 5. leg. cum autem 52. de rei vindic.* (12) Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum adversus eum, qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. penult. l. 7. §. cum in suo 10. de acquir. rerum dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium, 32. de reb. credit.* Et condictio sine causa aut ex justa causa, qua tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l. 3. Cod. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio proprie dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l. 3. §. 5. ad exhib.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat, sed dari tantum ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de aq. pluv. arc.* Pulchre Oldend. *class. 3. act. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio quæ ex conventione est, ex contractu descendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus in *l. 1. princ. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficii mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Revise quæ notamus *sup. ad §. ult. de obl.*

(13) *Dare aut facere oportere*) Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ: in qua verbum *dare* dominii translationem significat, §. 14. *inf. l. ubi autem, 75. §. ult. de verb. obligat. l. 23. §. 1. de contr. empt.* verbum *facere*, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de verb. obligat.* uti & in divisione stipulationum, *l. 3. princ. d. tit. §. ult. Inst. eodem.* Ait *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi: *Aio te mihi dare aut facere oportere*, sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus numquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum quod interest in actionem deduci, *l. 13 §. 1. de re judic. dict. leg. 72. in fin. princ. de verb. obligat. §. ult. Instit. sup. eod. tit.* fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare id quod interest, non est facere, sed dare, ut quidem hoc loco verba ista accipienda sunt. Sed recte dicemus, hac formula: *Aio te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat significandum fuit, atque apud Prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubie a Prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc forte modo: *Si patet Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnatur*, Prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare, facere*, ut *dare* accipiamus tamquam subrogatum τῷ *facere*, & ad id quod interest referatur.

 (14) *Aliis*

(14) *Aut qualibet alio modo.* Id est, aliis agendi formulis. Nam hæc, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maxime quibus datur iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriæ, nec ut fiat, petimus: sed quibus, verbi causa, intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula: *Ajo te facere oportere*, tam late accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio: alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id quod interest; quod secus est in actionibus modo commemoratis: Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit, oppignorat, dominus maneat, certum est, nec condictionis formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pignoratitiam, intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis est, §. *quædam* 20. *infra eodem.* Quamobrem recte opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse *καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις ... Sed & aliis modis talis actio inveniri potest.* Datum certe est, verba ista referre ad illa superiora ex contractu, vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicet præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic & disput.* 4. *de act. thes.* 1.

(15) *Qui nullo jure ei obligatus.* Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusmodi actionis traditam in *leg.* 25. *ff. h. titul.* ut sit actio, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem proprie dictam, sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quæ alia prodita sunt actiones in rem. Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscunque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Et enim dominium, ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio in rem & rei vindicatio dici solet, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *tit. ff. & C. de rei vind.* non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. his proxime sequentibus, nisi forte appellatione dominii, latius sumpto vocabulo, cetera quoque jura in re comprehendamus. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis & directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *leg.* 23. *ff. de rei vind.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l.* 1. §. 2. *si ager. vect. leg.* 74. *de rei vind.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habeat; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinet, quæ in directa.

(16) *Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.)* Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt, a parte actoris dominium; a parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l.* 25. *in princ. ff. eod. l.* 23. *in princ.* junct. *leg.* 36. *& ultima ff. de rei vind.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse; etenim causa petendi in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habeat, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero satis sit, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Ab late 3. x. de re judic. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per expressum textum in *leg.* 23. *ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum a reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur; non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem: sed nova formula a Prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d. leg.* 23. junct. *l.* 18. *ff. commun. div.* Plane ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l.* 2. *Cod. de ped. jud.* fere necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur vero absolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certe dominii in persona actoris præcise requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur, per *l.* 7. §. *ultim. ff. de exhib.* ita & Jul. *hic n.* 69. ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat.

17 Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui, §. *præterea* 31. *infra eodem.* Non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possideat, cum lis contestaretur, *leg.* 27. §. 1. *de rei vind.* Possessionem

[illegible]

autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent: quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *leg. 9. ff. de rei vindic.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *leg. 2. Codice ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *leg. 7. leg. 25. & seq. ff. de rei vindic.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *leg. 22. l. 27. §. 3. l. 36. dict. tit. leg. 25. §. 8. de hæred. pet.* De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit; si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *dict. l. 27. §. 1.* si culpa sua, pati debet æstimationem; ita tamen, ut audiendus sit, si desideret ut adversarius actiones suas cedat, *dict. leg. 35. §. 1. junct. l. 63. eodem tit.* si dolo, vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *l. 68. & l. seq. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc vere possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui: & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio condemnatio; postquam placuit, dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quominus possideat, *l. 131. l. parem, 156. leg. ad ea 157. §. 1. de reg. jur.* facit *leg. 20. §. ult. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quo adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa, sed utilis actio detur, *leg. 3. §. ult. de alien. jud. mut. caus.*. Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistincte definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo recte colligitur non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse, quæ collectio firmatur ex *l. in rem, 23. §. penult. de rei vend. l. 1. §. ultim. de tign.* junct. *leg. 9. princ. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *leg. qui Prætorio 36. dict. titul. de rei vind.* scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in *leg. 27. §. 3. ff. de rei vend.* Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *leg. 3. §. ultim. de alien. jud. mut. caus.* Unicum est, quod hic objici possit, & quo moti Jason, & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset; frustra videri introductam a Prætore actionem in factum edicto *de alien. judic. mut. caus. fact.* Verum hæc objectio levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit qua metus erat nos experturos esse *leg. 4. §. 2. leg. 8. 9. & 10. de alien. judic. mutat. caus.* Nihil vero absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimmo hoc diserte satis traditum est *in leg. 3. §. ultim. dict. titul.* Tantum Jurisconsultus electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, scilicet quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, utile judicium in rem defugere posse, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

(8) *Possessor autem dominus ejus se esse dicat*) Priscis temporibus ita moris fuit: ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tunc possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cicero *pro Muræna, cap. 12. Fundus Sabinus meus est. Immo meus*: cui similis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum esse dico. Et ego item ajo esse meum.* Vide Boet. in *Topic. Ciceron.* Gell. 20. *Noct. Artic.* 10. Brisson. *lib. 5. de formul.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖστον, honestatis forte causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat, *leg. 4. Cod. de edend. leg. ult. Cod. de rei vindicat. §. 4. infra de interdict.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit; ut vel titulum possessionis suæ edat, *leg. 11. Cod. de pet. hær.* cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, judicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *leg. 9. ff. de rei vindic.* Absurdum autem est, exigere a reo, ut quid dicat, quod aut aperte falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato, nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare. Minime igitur ex eo, quod Imperator. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrative posita non censeri dispositiva, quando in his principaliter se legislator non fundat, ut notatum supra §. 4. *de milit. testam.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Antonius Contius 1. *distinct.* 12. stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema: Si actore non probante reus absolvitur, nec cogitur reus contra vindicare: ipse vero sic ex con-

trario ratiocinatur. Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tenetur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec ante falsitatis convinci connexio partium in præcedente ibi enthymemate potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, potius condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere ausus sit: quin ipse tacite contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minime vero ad intendendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, *arg. leg. 9. Cod. de except.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat: non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum duo in solidum domini esse non possint, *leg. 5. §. ult. commod. divid.* Cum autem actoris probationibus per contrarias res elisis perinde habeatur; ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, recte faciet & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, & contra vindicet, *arg. leg. 18. comm. div.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *leg. 25. de oblig. & action.* prius est, ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur: deinde eam petat, id est, restitui sibi a possessore postulet: at utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus, & omni causa, *leg. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non pareat, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *leg. 46. l. 68. dict. tit.*

TEXTUS 9.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum: veluti si quis agat, jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendi, vel projiciendi, immittendive, istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

NOTÆ.

1. *Altius ædes suas tollendi*) Altius ædificatur jure servitutis a vicino impetrato & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, *leg. 8. Cod. de servit.*

Sed negativæ) Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere; confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. si usufr. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æstimandum.

Proditum non est) Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negative agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de excep. rei judic.*

Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.) De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *leg. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

Sane uno casu) Ita quoque Theophilus alias, *non uno casu*. Goveanus, *Sane hoc uno casu*, id est, in controversiis servitutum, quomodo & in duobus codicibus Theoph. ἐν ἑνὶ δὲ μεταθέματι. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro servitutibus.*
3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia & re petita æstimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hanc ponere, Ajo, mihi jus esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare?*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur? Hotomanni correctio & disputatio confutantur.*
9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

Æque si agat quis) Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis, &c.* quasi dicat, etsi modo de actione in rem

ver-

verba faciens rei corporalis mentionem habuit, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servitutibus. (1) Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur, confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria a prudentibus vocatur, *l. 2. ff. si serv. vind.* interdum negativa, *leg. 5. si ususfruct. pet.* & a Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vindicando, aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum *tit. si usu fr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel ad al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & leg. 28. de oblig. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & ususfructus, quædam rerum sive prædiorum, *leg. 1. ff. d. serv.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare, aut de earum constitutione, non est hujus loci, pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *supr. lib. 2. tit. 1. & 2. seqq.* Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; ideo tantum fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. (2) Verum illud quæritur, an non præter servitutes quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, ut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. 1. *variar. quæst.* 27. probat non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta; cur solæ nominantur servitutes? aut confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones propriæ, a Jurisconsultis proponitur? *leg. 1. leg. 4. fere per tot. si serv. vind. l. 5. si ususfruct. pet.* quibus in locis observare licet, hæc, ut *ἰσοδυναμοῦντα*, sæpe inter se permutari, actio confessoria & negatoria, & actio de servitutibus. Infamiam tamen produnt in rebus ad formam ac constitutionem Reipublicæ Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere, & vindicare jurisdictionem. nam ut actio nobis competat, necesse est, rem quam petimus in bonis nostris esse, *argum. leg. rem, 52. de acquir. rerum domin.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *leg. bonorum, 49. de verb. signific.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea a nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria, aut pars eorum patrimonii; sed ex concessione tantum principis aut populi, magistratus omnes non ultra annum eam exercebant; ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpretum sententia; teste Suarez *recept. sentent. n. 25.* addit. Gaili. 2. *observat. 66.* Schneid. *hic num.* 11. (3) Illud monendi famus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam, ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in *leg. 2. §. 1. si serv. vind.* & exemplo proposito in *leg. 4. §. competit. 7. eodem titul.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est: & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi quo minus ædes altius tollat, quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere; hic agit confessoria, ut maxime utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa est, *dict. leg. 4. §. 7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est. quod si certa altitudo publice constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, ubi verbis affirmativa est, ita & re ipsa sit, & vindicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

(4) *Jus sibi esse altius ædes tuas tollendi*, Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandam esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione his aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Aio mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus a vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine a Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissime a Bachovio, qui eo amplius *ἁμάρτημα* istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servitutis sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ a Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriæ, nempe si cum vicino, cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, *leg. 8. Cod. de servit. leg. 9. ff. de servit. præd. urb. leg. 3.*

§. competit. 7. leg. si serv. vind. Fatendum quoque est, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & post eum Jason *hic n.* 43. Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis aliter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatenvir eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l.* 17. *§.* 2 *de servit. prædior. urb.* & nimirum tale. Si cum mea interesset vicini ædes altius tolli, forte ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æque alienum est. Ut enim formulæ confessoriæ, de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem servitutem posse non existimo, per *leg.* 15. *§.* 1. *de serv.*) sed ei ipsi debita, quæ tolnit: ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vindicare hac formula, *ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere*, *l.* 2. *de serv. præd. rustic. leg.* 7. *§.* 1. *comm. præd.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriori pacto constitutæ intendere, me posse licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus a vicino constituatur, sed quæ ibi a me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *dict. l.* 7. *§.* 1. *& dict. l.* 4. *§.* 7. *si serv. vindi.* *junct. l.* 8. *C. de seovit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiserit. Et hactenus quidem nihil recte pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus afferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta auctoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut supprobavimus in exegesi *§.* 1. *supr. de serv. prædior.* quamobrem hic erimus breviores. 5 Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure servitutis constituto competat, patet ex Caio *l.* 2. *de servitut. præd. urb.* qui eo loco diserte dicit, jus altius tollendi esse jus urbani prædii, atque hoc ipsum jus ut servitutem [illegible] segregat a jure non extollendi. Idem facit Paull. *lep.* 1. [illegible] *tit. & leg.* 7 *§.* 1. *comm. præd.* Item Nerat. *l.* 2. *de servit. præd. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutem esse pronunciat, *licere altius tollere & officere Prætorio tuo*. Loquitur Jurisco[illegible] [illegible], eo loco prædium rusticum appellans ædificium, quod rari est, non [illegible] juris [illegible], [illegible] confiderations etiam [illegible] in agris [illegible], pro urbanis prædiis haberi [illegible], *l.* 1. *comm. præd. l. urbana*, 198. *de verb. signif.* quod ad rem [illegible] nihil pertinet, & [illegible] [illegible] est. Accedit, quod in *l.* 1. *Cod. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatam habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio sit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari hujusmodi aliquam servitutem, restat ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *lex* 11. *de servit. præd. urb. lex* 1. *l. penult. §.* 1. *Cod. de ædif. priv. l.* 1. *Cod. de servit. l.* 14 *de serv. præd. urb.* Tacit. *lib.* 15. *annal. c.* 42. Strabo *lib.* 6. *pag.* 162. Aurel. Victor *in epitom.* quibus omnino add. Petrus Fab. *ad leg. domum suam*, 61. *de regul. jur.* Hi loci atque auctores non docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum; & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio a vicina insula, ut testatur Papin. *dict. leg.* 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quo magis distat a vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea quæ dixi gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque a vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publice constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus libere & jure rei suæ quisque ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eo quoque obtinente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum cum nulla ædificiorum forma definita est, *l.* 9. *l.* 11. *de serv. præd. urb. leg.* 8. *Cod. de serv.* nimirum in suo facere quisque, quod libet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. *§.* 5. *si serv. vind.* Proinde si quis hic, prohibitus a vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans servitutem se debere, utiturque ex definitione, *leg.* 2. *§.* 1. *dict. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit, erravisse Tribonianum, si credidit, pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipii formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiamus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc jus servitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *leg.* 15. *§.* 1. *de servit.* & proinde si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus

cus erit actioni confessoriæ, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita, dico, cum ex jure impositicio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est, cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur a vicini insula; *juxta leg. 14. de servit. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *l. 1. Cod. de servit.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hoc mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem. Cum enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus e vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat, manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam, liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratia vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l. 38. de pact. cum simil.* Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Donell. & novissime Christoph. Riccius in *præmiss. vind. juris c. 14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est) Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ, & negatoriæ, de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoriæ* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alio agere oporteat, *leg. 3. si usufruct. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovetur: cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petiit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum esse, unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat: idest, rem suam liberam esse, *leg. 4. §. 7. si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno agit, ut est in *dict. l. 5. si usufruct. petat.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est: non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

(7) *Nam in his agit qui non possidet*) Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit, is qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet; in his etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quoniam possessori detur, natura impedimento non est. nihil enim prohibet, actionem ultra possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ut inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *leg. 5. §. ult. si usufr. petat.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad servitutem, quod possideat, *leg. 1. §. 6. uti possid.* Plane ad evincendum rem suam esse, quod qualis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse evincit, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulpian. scribit, in servitutibus posse eumdem & possessorem juris & petitorem esse, *leg. 6. §. 1. si serv. vind.* quod & traditur in *leg. 8. §. 3. dict. tit. 5. §. ult. si usufr. petit.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: aut adeo supervacuum sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem

hoc

hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. leg. 6. §. uti possid.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu, & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno, patiente domino eundi, aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *leg. 3. de usufruct. leg. ultim. de servit.* potest tamen dominus fundum suum occludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini: ego sum possessor, *leg. 8. §. 3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutem possidere videar; certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *leg. 5. §. ultim. si usufruct. petat.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantes in hac possessione turbare usurpando servitutem. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus *in d. leg. 5. §. ultim. si usufruct. petat.* Notandum autem, etsi possessor jure hoc actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *leg. 8. 2. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hic nobis objici, quod a veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *leg. inter, 62. de judic. leg. 1. §. 3. uti possid. §. 4. instit. de interdict.* Ut redeam ad propositi verba textus, ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat; actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam vero in istis rebus si quis agat, eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriam duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solum recte agat, qui non possidet. Enim vero si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget suam esse, in se ipsum torquet: si neget esse adversarii, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in re de corporali accommodari natura possit, quam confessoria.

Et vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.) Hac pars aperte per adversativam a præcedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enunciati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo vero non posse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. (8) Nunc ei item qui possidet, eamdem actionem detrahi, sed ita loquitur, ut non obscure indicet, esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstare, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, quam neget rem ejus esse, & sic quiescere eam per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *leg. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est, cui solum propositum, probare, negatoriæ actiones in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, caussam nullam esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus a constanti librorum omnium lectione. Theophilus *in paraphrasi* sic locum Græce reddidit, [illegible] *in rem*. An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem rei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus, & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera loci sententia, licet, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est, locum censet restituendum hoc modo: *Et vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste Ulpiano *leg. 1. §. 6. uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*: cum ex verbis Justiniani præcedentibus & antecedentibus, quæ actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet, non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc causa ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa loci lectione & sententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet: Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controversiis locum non habet*. Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum a singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo

hanc

hanc Justiniani ratiocinationem revocare ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia elicetetur, sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptioni Justinianeæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *negatoria vero semper possessori datur*. Ut sic hæc collectio. *Negatoria semper datur possessori; In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria*. Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse, sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotoman. existimat: rectam enim esse eius ... abunde probavimus.

(9) *Sane uno casu*) Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant; neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Welenbo. legendum hoc loco arbitrarer, *Sane non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, *leg. circa eum*, 14. *leg. in exceptionibus*, 19. *de probat.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmilius Ferretus. Alii *Sane hoc uno casu*, ἐν ἐνὶ δὲ μόνῳ θέματι. Theophil. VINN. Et hæc postrema lectio, si qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum inepte adfectare voluisse brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora Digestorum volumina remittere, quam casum illum uno verbo indicare maluerit? Scripsit itaque procul dubio, unum esse hunc casum, quo is agat, qui possidet: cum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, possessor rei vices sustineat. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

5. *Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua Jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat, se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam æque principalem esse ac superiorem, & unde sumpta?*
2 *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris?*
3 *Prudentem non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto Prætoris proponuntur esse Prætorias.*

(1) Insinuatur hic alia actionum divisio sumpta a causis efficientibus remotis; jure civili scilicet, & jure Prætorio; quæ æque principalis est atque superior illa a causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *leg. actionum*, 35. §. *ultim. de oblig. act.* Ad eumdem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *supr. tit. de obl.* §. 1. quæ divisio in illo tractatu, non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera a causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus). Palam est, Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videlicet vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

Et si quæ sunt similes) Similes sunt ex actionibus in rem; petitio hæreditatis, *leg.* 1. 2. 3. *de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illæ, quæ eamdem originem & caussam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis; quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

(2) *Ex legitimis & civilibus causis*) Legitimum proprie dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, §. *lex est*, 4. *super. de jur. natur. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *leg.* 6. *de pact. leg.* 7. *de cap. min. leg.* 3. *penult. pro soc. leg.* 24. §. *ultim. de præscr. verb. leg.* 25. § *ultim. leg. unde legitim.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ a jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egi supra in argumento obligationum, *argument.* §. 1. *de oblig.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ lata erat, ostendere, *leg.* 2. §. *deinde*, 6. & §. *ita civitate*, 12. *de origine iuris*. A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam continebat, ut aperte declarat Pomponius *dict. loc.* Hoc obiter monere voluit propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione) Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *leg.* 1. §. *pen. de postul. l.* 7. *de jurisd. & simil.* Nam edictum pars erat jurisdictionis Prætoriæ, *l.* 2. §. *eod.* 10. *de orig. jur.* (3) Enimvero non est argumentum actionis Prætoriæ, quod Prætor

tor dicat edicto suo, actionem dabo. Solebant enim Prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *leg. 1. commod.* sed ex duntaxat Prætoriæ sunt, quas ipsi Prætores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere) Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quamquam autem longe plures sunt actionum Prætoriarum species, quam quæ a Justiniano postea proferantur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce) Indicantur hic Prætoriarum in rem actionum species duæ *Publiciana*, & *rescissoria*, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

4. *Actor dicat, se quasi usucepisse*) Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat) Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori nunquam ultro actio datur: & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuerit. Utique id malim, quam cum Russard. Cujac. Hotomann. pro *possessor, dicat adversarium suum*, &c. lege *possessorem dicat adversarium suum non usucepisse*, id est, dicat possessorem, eumdemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre possit in oratione prosa tam inepte affectatam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *possessor* non plane expunxerim, quia id & Theophilus habet, sed eo sensu: *vel e diverso cum aliquo, rem meam usucepit ac possidet, agere possum, ac docere.* Patet itaque eum non legisse *possessor*, sed fortasis hoc modo: *Vel ex diverso dicat, possessorem, adversarium suum, non usucepisse*, &c. HEIN.

T E X T U S.

De Publiciana.

4. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, & necdum ejus rei dominus effectus sit, is si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est a Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Prætore in edicto proposita est.*

N O T Æ.

4. *Necdum dominus effectus*) Propterea quod rem a non domino acceperat, necdum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, *d. l. 1. §. 1.* quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. Myns. *num. 28.*

Directam actionem) Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l. 23. de rei vindic.*

Durum erat) Iniquum Prætori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. penult. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa quæ hic accipienda?*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3 *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari possit?*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio, & amissa casu?*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8. *Adversus quem detur? quid ei objiet? tum quis ejus exitus?*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta a Prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur, qua ex causa, cui competat; quo jure introducta: & quæ causas ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat; quod præcipue notandum erat, hic prætermissum est! quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua) Nempe aliena, ut est in edicto, *l. 1. hoc tit. de Publ. in rem act.* Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & *necdum ejus rei dominus effectus est.* Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. *per traditionem*, 40. *sup. de rerum divis.*

(1) *Ex justa causa*) Justam causam accipimus eam, ex qua re a vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *l. 13. eod. in princ.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, & *nondum usucaptum petet*, *dict. leg. 1. eodem*. Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, *sup. de usucap. in princ.* Causæ pluribus indicantur, *dict. leg. 1. §. ult. & aliquot l. seqq.* Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præcedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit a furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l. 7. hoc tit.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eumdemque venditorem Publiciana non detur, per *l. 2. §. si a furioso, 16. pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l. 7. §. 1.*

Tra-

(2) *Tradita fuerit*) Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, *d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus, 20. Cod. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est. Nam e quibus ex causis dominium adipiscimur, etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet; ut diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restitura est hæreditas, *leg. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, a non domino emit, *leg. si servus, 15. eodem*, quibus casibus cum usucapio procedere non possit, *l. sine 15. de usuc.* apparet, prætentionem dominii per usucapionem quæsiti non esse, hujus actionis requisitum essentiale ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet Dom. Bachov. *disput. 3. de action. thes. 18.* (3) Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. De quo plura paulo inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l. ultim. de serv.* Plane si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, ne si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l. 9. §. pen. dict. leg. 12. §. §. 4. eod.* Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *dict. leg. 12. §. 2. & 3.* Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum qui tale jus constitutum habet? Azo *in summ. ad hunc titul. num. 15.* illud etiam, quamquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, a quo accepit, dominum esse, aut jura transferendi habere, *leg. bonæ, 109. de verbor. signific at.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *leg. 7. & §. penultim. & ultim. hoc titul. leg. 2. pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in princ.* Mynsing. *hoc num. 25.* Schneid. *n. 41.*

(4) *Nec dum eius rei dominus effectus*) Propterea quod rem a non domino acceptam nondum ususcepit, *leg. 1. §. 1. hoc tit.* ubi Ulpian. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus; cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum Mynf. *num. 28.* Oldendorp. *class. 3. action. 3.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptive dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Vide Bachov. *disp. 3. de act. thes. 17.* Connz. Mynsing. & Schneid. *hic* Gail. *observ. 62. n. 5.*

(5) *Possessionem casu amiserit*) Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. penult. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam) Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ est inventa a Prætore. Quod non est novum, nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo plurius dicetur sub §. *ult. de leg. Aquil.*

(6) *Durum erat eo casu deficere actionem*) Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod per quam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem, civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque Prætori iniquum videretur, quamvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset, ipse ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ jus introducendæ fuerit causa.

(7) *Eam rem se usucepisse*) Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usuceperit. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse a L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur se usucepisse, quia idem petit, & jure Prætorio consequitur, quod peteret, & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicet actor, rem sibi a L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *leg. 12. §. 1. leg. 15. hoc tit.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. VINN. Fictio illa est Prætoris, non actoris. Quia enim prætor directe leges evertere non poterat, leges autem non nisi vero domino vindicationem concedunt: usus est arte sua solemni, & finxit hunc usucepisse, quem non usuceperit. Vid. *Antiquitat. nostr. Roman. Lib. 1. titul. 2. §. 23.*

tit.

cit. nec. Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat Prætor eum jus dominii veri usucapione exclusisse, sed tantum ratione tertii; nullo vel infirmiore jure possidentis actorem in ea causa esse, quasi usuceperit, quia si hic possessor obverteret exceptionem non competentis dominii, ea fallet exceptio de jure tertii. HEIN. (8) Restat, ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut ceteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: sin a diversis non dominis, melior fit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo, *leg. 9. §. si duobus, 4. hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio: quæ species est, quam tractat Neratius *l. si ea, 31. §. ult. de act. empt.* ut recte censent vulgo DD. Oldend. *dict. class. 3. action. 3.* Schneid. *ad §. præc. n. 28. & seq.* late & subtiliter Bachov. *disp. 3. de act. thesib. 21. & 22.* De illa quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: qua de re disputavimus sub §. *dentino, 7. sup. de usucap.* In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet quantumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *leg. penult. & ult. hoc tit.* Ceterum quæ vindicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat, *l. si a Titio, 72. de rei vindic. l. si quis, 24. de exc. rei judic.* add. D. Donell. *hic, n. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. *sup.*

T E X T U S.

De rescissoria.

5. *Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat sicut ex latiore Digestorum seu Pandectorum volumine intelligere licet.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.*
2 *Quibus ex causis hæc actio a Prætore detur? ejusque introducendæ causa.*
3 *Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit?*
5 *Commentum esse quod de duplici judicio rescindente & rescissorio Interpp. tradunt: ut & illud quod de duplici tempore.*
6 *Actoris in Actione rescissoria intentio.*
7 *Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8 *An ex sola causa ignorantiæ restitutio danda adversus usucapionem?*

HOc loco proponitur actio in rem prætoria quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, *t. nec non 28. §. ult. ex quibus caus. maj. ult. Cod. eod. l. nullo 24. Cod. de rei vindic. leg. ab hostibus, 18. Cod. de post leg. rev.* (1) Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *leg. in honorariis, 35. in fin. princ. de obligat. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic e converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in *l. 1. quibus ex caus. major.* qua parte scilicet præter eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restituturum pollicetur VINN. Recte hæc notat Vinnius. Vere enim unus idemque utriusque actionis auctor est, puta Publicius. Unde non solum ejusdem naturæ sunt propter fictionem: sed & recissoria diserte dicitur *Publiciana, l. 35. ff. de oblig. & act. l. 57. ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuisse σύγχρονον plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Cluent. cap. 45.* ubi meminit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio rescissoria antiquior videtur ob locum insignem Terent. *Phorm. Act. 2. Scen. 4. n. 9.* ubi Cratinus Advocatus: *Quod TE ABSENTE hic filius egit, restitui in integrum, æquum est & bonum, & id impetrabis. Dixi.* Vere enim loquitur de actione rescissoria, quamvis eam male tanquam tabula applicet. HEINNET. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est, secunda absentiam qualemcumque ejus, qui usu cepit. Postremo adjeci clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam Prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcumque alterius absentiam nocere alteri, *leg. item 21. dict. tit.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta aut minus perspicua, indicata disces mox ex Commentario.

(3) *Cum Reipubl. causa abesset*) De eo qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, Prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane

aut

aut probabili, aut plane voluntaria. Quod & diserte Ulpian. notavit *l. item ait* 21. §. 1. *hoc ex tit. quib. cauf. major.* Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit, ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non extitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici absentis de defendendo eo interroganti defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *dict. leg. item ait* 21. §. *penult. & leg. seq. eodem*. Novissime autem a Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *leg.* 2. *Cod. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate) Ut hic procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *leg. ait Prætor* 27. §. 3. *hoc tit. leg. justo* 44. §. *ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio, atque usucapio inchoata captivate interrumpitur in tantum, ut nec postliminio restituatur, *leg. denique* 19. *hoc tit. leg. si is in princip. de usucap.*

Usuceperit) Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *leg. item ait* 21. §. 1. *& deinceps leg. seq. hoc tit.* (4) Aliqui vulgo traditur, contra eum qui agere non potest, præscriptionem non currere, *leg. in fin. C. de annal. exc. leg. in rebus* 40. *vers. omnis Cod. de jur. dot. leg.* 1. *in fin. Cod. de bon. matern.* Respondent Interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *dict. leg.* 1. *Cod. de ann. exc. d. l. in rebus* 30. *Cod. de jur. dot. l.* 7. §. 4. *Cod. de præsc.* 39. *ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure: ac singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino) Veteri scilicet, cujus res jure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius quia a Prætore rescindentem usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione) Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis* 35. *in fin. princ. de oblig. & act.* Annum intellige utilem *leg.* 1. §. 1. *hoc titul. leg. ab hostibus* 18. *de postl. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *leg. ult. Cod. de temp. int. restit.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus *dict. leg.* 53. hanc actionem dare rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur; decretumque aliquod antecedat, quo Prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur rem restitui. Sed ideo hoc dicitur, quia Prætor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa usucapionem rescindit; quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi a possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l.* 1. §. *l. sed etsi* 26. §. *si feriæ* 7. *l. nec non* 28. §. *pen. hoc tit. l. ult. Cod. eodem l. nullo* 34. *Cod. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeste apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, Prætoremque dici restituere, cum actionem recissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *fac. l.* 9. §. 3. *&* 4. *quod met. cauf. l.* 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *de cap. minut. l.* 1. *de alien. jud. mut. cauf. l. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomez. *hic n.* 8. *& ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solide consultare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, qua res restitui jubeatur. Pet. de Bellapert. Joann. Fab. Jas. Zas. Myn. Scheneid. *hic*. Odd. *de restit. quæst.* 33. *art.* 1. Maurit. *de rest. cap.* 4. Quæ opinio erronea est, & a ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perspicue patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, Odd. *part.* 1. *qu.* 33. *art.* 5. Mynf. 2. *observ.* 25. Oldend. *class.* 6. *act.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicii, dum quædam apud Prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos. Cæteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud Prætorem non instituebatur judicium, sed a Prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud Prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *princ. huj. tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti; altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt intentari posse intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus vult perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum a tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *leg. ult. hoc tit.* junct. *leg. ult. Cod. de temp. in integr. restit.*

(6) *Ut dicat, possessorem usu non cepisse*) His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, possessorem rem, quæ petitur, usu non cepisse, quod & aperte falsum est & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse, cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, §. 2. *sup. eod.*, sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine

mine agere vellet: & usucapionem interrumpere non potuerit: itaque petere se, ut sibi restituatur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse. *Si paret, eam rem, qua de agitur, si possessor ab eo per statutum tempus possessam [illegible], non interea petitor ejus nomine agere cum contradicente non potuerit, tum si ea res possessoris non restituatur, possessor damnetur.*

Qui [illegible] & aut) Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *l. 2. C. de ann. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l. 1. §. in princip. & §. item seqq. l. reipub. 36. l. non tere 42. h. t.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si 26. §. pen. & cum duabus l. seqq.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævia absenti non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, *l. 26. §. ult. l. nec non 28. in princ. eod.* Quippe priore casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 29. §. 1.* Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus, qui actionem ex his causis amiserunt, *d. l. 1. §. 1. l. [illegible] 17. §. 1. l. si quis 41. eod.* sed hoc casu actio restitutoria in personam est.

Sive [illegible]) Quæsitum hoc est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, *arg. l. ult. in fin. ibi, nulla ignorantia, vel scientia expectanda, C. de præscr. long. temp. l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. un. Cod. de usuc. transf.* Nam dum sufficiens temporis præstitutum sit, intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantiæ, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequetur finem suum, numquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra *l. de usucap.* Wesenb. *parat. hoc tit. num.* 10. Pinell. *in aut. nisi tricennale Cod. de bon. mat.* diss. comm. DD. Covarruv. *in cap. possessor de reg. jur. in 7. par. 3. §. 3.* Gail. 2. *observat.* 19. De præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videsis Andr. Fachin. 1. *controv.* 69. Anton. Fab. *Cod. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in int. rest.* Pinell. *in d. auth. n.* 58.

TEXTUS.

De Pauliana.

6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

NOTÆ.

6. *In fraudem creditorum*) Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & simul is qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, *d. l. 6. §. 11.*

Rescissa traditione) Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quam superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari contendunt Cujacius & Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hic actione, quæ Pauliana dicitur: licet ea non in rem, sed in personam sit.*
2 *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hac actionem creditoribus, sive ante, sive post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere, quæ tamen huc non pertinet.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Paulianæ sit locus?*
5 *Verborum edicti: Quod fraudationis, &c. explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Paulianæ experiri possint? D. Joann. Dekker. notatus.*
8 *Qualis hic sit rescissio & restitutio?*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.*

(1) Tertia species actionis Prætoriæ hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda, quæ in fraudem eorum alienata sunt, *l. videamus 38. §. in Flaviana 4. de usur.* atque huc pertinent, *tit. ff. quæ in fraud. cred. & Cod. de rev. his quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Glossa & plerique Interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter Prætorias in rem, & subjici rescissoriæ tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum a Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. (2) Etenim in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed aiunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *aff. 25. de obl. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is qui 9. & l. seq. h. t. leg. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et e converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim

hæc

hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem, similesque personas, & qua tales, *d. l.* 10. § *ult.* quod rem nunquam etiam prius illud a natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur; & propter rem etiam possessorem, *l.* 2. *C. d. un. ex plur. hær.* Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. *sup. eod. d. l. actionum* 25. *obllig. & act.* Et hoc verum esse, vel ex hoc uno intelligimus, quo hæc eadem actio in factum passim appellatur, *d. l.* 10. *l.* 14. *h. t. leg. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt; vid. Bachov. *disp.* 3. *de act. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse diserte testatur Ulpian. *l.* 1. §. *hæc actio* 26. *si quid in fraud. patr.* Erit igitur & Pauliana in personam, cum utraque ex eadem causa detur: Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in *l. videamus* 38. §. *in Faviana* 4. *de usur.* plane inter actiones, quæ in personam sunt, etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis additis, inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocatur, *d.* §. 4. recenset, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. *sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbe facit, si postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere, per *l. metum* 9. §. *ult. l. item si* 14. §. 3. *quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp.* 3. *de act. thes. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse, add. Don. *hic n.* 3. *& seqq.* Ant. Fab. 26. *conj.* 16. VINN. Certum quidem est, Paulianam naturam potius personalium quam realium actionum servare. Neque tamen idem credibile sit, Tribonianum & socios tam fuisse principiorum juris ignaros, ut solo vocabulo *rescissionis* decepti actionem personalem pro reali vendiderint, maxime cum verosimile sit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus κατὰ πόδα fere sequutos. Existimo itaque actionem hanc ex mente Prætoris & veterum vere esse in rem, quia nascebantur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per possessionem bonorum consequebantur. Unde patet, cur hic diserte mentio fiat *bonorum ex sententia præsidis possessorum*: similque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Flaviana ad Paulianam. Hic enim creditores res vindicant, quia Prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non esse traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ possideant ex decreto suo, pertinere. HEIN. (3) Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Jo. Deckher. 1. *diss.* 10. *n.* 27. Sed perspicue refellitur per *l.* 15. *& l.* 17. §. 1. *h. t.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in eam pignus, quod in usu juris dicitur Prætorium, *l. non est mirum,* 26. §. 1. *pig. act. l. ult. C. de Præt. pign.* Hujus pignoris, si creditor forte possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet, velut certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisit; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de Prætor. pign.* Verum hoc ad hanc non pertinet, ut putat Don. Donellus quippe qua agentem necesse non est dicere rem in bonis debitoris manere: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. debitorem,* 14. & *seq. C. de pignor.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, qui datur adversus quemcumque possessorem, sed est species, quasi Servianæ hypothecariæ, per *d. ult. Cod. de Præt. pign.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum (4) Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit, nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *leg. ait Præt.* 10. §. 1. *l. si quis* 15. *h. t.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l.* 1. *l.* 6. §. *hoc edictum,* 8. *d. l. ait Prætor.* 10. §. 2. *eod.* Cæterum hoc ita accipiendum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l.* 6. §. *simili modo,* 11. *eod. l. pen. Cod. eod.* Plane, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *dict. leg.* 6. §. *apud Labeonem,* 6. *& seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *leg. penult. hoc titul. leg.* 6. §. 2. *de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. *in dict. l. penult.* Pet. Fabr. *ad leg. generaliter,* 78. *de reg. jur.* Anton. Fabr. 2. *conj.* 14. Gal. 1. *observ.* 25. *n.* 14. *& seqq.*

Alicui tradiderit (5) Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erant, &c.* quæ verba latissime patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque quodcumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit, sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri passus sit, vel a debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *leg.* 1. *cum* 4. *sequentib. leg.* 10. *leg. si eum,* 12. *& seqq. leg.* 14. *& passim deinceps, hoc titul.* (6) Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum fa-

ciat: qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *leg. 6. princip. §. 1. & aliquos sequentib. eod. leg. non fraudantur, 134. de reg. jur.* tac. *leg. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & uxor.* Dom. Diod. Tulden. in *Cod. hoc tit. num. 4.* Late & eleganter D. Wesemb. *consult. 17. numer. 47. & sequentib.* Atque hinc est, quod nec suus heres se abstinens edicto locum facit, *leg. 3. Cod. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1. §. sed si 8. si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam fiscus cogi possit, dubitatur; sed verius est, compelli non posse, *arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem, 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si quid in fraud. patr.* Joann. Gutier. *in repet. cap. quamvis, 2. de pact. in 6. n. 24.*

Bonis eius possessis) (7 Id est, postquam creditores a magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem, & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *leg. penult. Cod. hoc tit.* de quo fuse Scheneid. *num. 49. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit Dom. Joann. Deckerus *ubi sup.* Nam vitiose plane & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba, *bonis eius possessis*, ita accepit, ut significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per *l. si quis 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus) Plerumque curator bonorum hic constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. h. t.*

Rescissa traditione) (8 Sic intelligo, ut §. *præced.* dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hæc in factum actione, & in pristinum statum restituuntur omnia quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solum revocantur & res ipsæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. ait. Prætor 10. §. per hanc 19. & 3. seq. l. hæc in factum 14. leg. omnes 17. l. ult. §. non solum 4. hoc tit. l. videamus 38. §. in Flaviana 4. de usur.*

Dicere, traditam non esse) (9 Non diserte ac nominatim: quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda, sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores, quasi revera res numquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venulei etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *leg. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *leg. 1. leg. 10. eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis habet. Post annum tamen de eo actio competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *dict. l. 10. §. pen.*

(10) Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *dict. leg. 10. princ.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet a creditoribus decreto magistratus. *leg. 6. §. ultim. dict. leg. 10. §. annus 10. eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l. 1. §. ult. Cod. de annal. exc.* Joann. Fab. *num. 17.* Mynf. *num. 63.* Schneid. *num. 83.* Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ a debitore, inter quos a D. Wesemb. *par. h. t. n. 12.*

TEXTUS.

De Serviana & quasi Serviana seu hypothecaria.

7. *Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, quæ creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.*

NOTÆ.

7. *Quæ pignoris jure*) scilicet cum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §. *in fin. inst. de interd.* cum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacite intelliguntur pignori esse domino fundi, *l. 7. in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur, *l. 4. d. tit. l. 4. de pact.*

Quæ simul traditur, &c.) *L. 9. §. 2. de pign. act. leg. 238. §. 1. de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρον & ὑποθήκην.

COMMENTARIUS.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur?*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat?*
4 *Necesse non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse, dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet? cum quid hic juris apud Batavos?*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt a pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis a Servio conceptum?*
8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris juris teneantur?*

9. In-

9 *Inventa & illata in prædium urbanum tacite pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expresse convenerit.*

10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529.*

11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse quantum ad actionem hypothecariam; nisi fors te in eo, quod cautum.* Nov. 4. cap. 2.

12 *Inter pignus & hypothecam quid proprie interesse secundum usum juris? Veteres pro hypotheca verbo Latino* fiducia *usos videri.*

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi*, 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum Prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentium interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. (2) Actio hæc in rem est, *l. pignoris*, 17. *de pign. l. pignoris*, 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus*, 16. §. *in vindicatione*, 3. *de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentis solvere, aut rem, de qua agitur, restituere; alioqui quanti ea res est, condemnatur, *dict. l. si fundus*, 16. §. 3. (3) Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt, 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere, 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum ius pignoris probare, quod debitor possideat; quod inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per *l. in rem alienam*, 11. *in fin. de pign. act.* Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum pervenisse, *l. & quæ non dum*, 15. §. 1. *de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habeat, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris; cumque hypotheca proprie titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam possessorem. (4) Illud probare necesse non est debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, sed justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, *arg. l. si ab eo*, 18. *de pign.* Hæc fusius tractantur a Jo. Fab. Ang. Jason, Zas. Schneid. *ad hunc* §. Cyn. & Salic. *ad l. cum res*, 5. *C. si res al. pign.* Negus. *de pign.* 5. *memb.* 3. *n.* 6. *& seqq.* (5) Secundum expeditum est: quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius quam debitor pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus a possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *leg. distractis*, 14. *leg. persecutione*, 24. *Cod. de pign. l. ultim. Cod. de oblig. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *leg.* 10. *Cod. dict. tit.* Justinianus autem a creditoribus plus exegit: constituit enim ut si debitores præsentes sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed cum judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Novell.* 4. *cap.* 2. *unde auth. sed hodie*, *Cod. de obligat. & action. & auth. hoc si debitor Cod. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *leg. Moschis*, 47. *de jur. fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *dict. Novell.* 4. *cap.* 3. *vers. contr. principales*, *leg. persecutionis*, 24. junct. *pr. auth. seq. hoc si debitor*, *C. de pign.* & secundum hoc sæpe a supremis Curiis judicatum testatur Christin. *vol.* 4. *decis.* 51. *num.* 9. *& seq.* Apud nos jus vetus reductum placito ann. 1564. quo expresse derogatur *dict. Nov.* 2. *cap.* 2. *& d. auth. hoc si debitor*. Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, vid. *decis.* 4. *Cur. Holland.*

Serviana, & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria) (6) Duplex igitur de pignore in rem actio est: Serviana dicta ab auctore analogia, qua Publiciana, & quasi Serviana sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l.* 1. *in pr. &* §. 2. *de pign. l.* 1. *C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, a re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit; sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnumquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l.* 3. *si ab eo*, 10. *de pign. l. si creditor*, 28. *de pign. act. l. ult. C. de obl. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pignoratitia proprie dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debitum restituendum: de qua *tit. & C. de pign. act.* §. *ult. supr. quib. mod. re contr. obl.* Abusive tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pignoratitiam vocant, ut observare licet, *leg.* 9. *in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam*, 4. *de pign. act. leg.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 13. *de cond. ind. l. duobus*, 19. *de exec. rei jud.* & aliis locis Vid. nostra ad *d.* §. *ult.*

Et Prætoris jurisdictione) Atqui quasi Serviana a prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingenii excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ a Prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti a prudentibus compositæ sunt, Prætorias censeri: propterea quod causam & initium a jurisdictione Prætoris acceperant.

De rebus coloni.) (7) Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana proprie vocetur. Unde existimare licet, Prætorem nominatim

tim tantum de rebus colonorum p[illegible] locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse: *Quod a colonis [illegible] mercedis causa ad alterum [illegible]*. D[illegible] obligatis actio verbis edicti [illegible] non [illegible] de his rebus agimus, non [illegible] expo[illegible], sed quam [illegible] quæ est ex [illegible].

Quæ pignori [illegible]) Relativum *quæ* hic [illegible] quippe hac [illegible] non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Serviana competere. Jam autem constat, non omnes coloni pro mercede pignoris jure teneri, sed primum fructus in fundo conducto nascentes: qui quidem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, *leg. 7. in quib. caus. pign. tacit. leg. 3. C. eod.* Deinde ea & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. *adipiscendæ, 3. in fin. supr. de interd.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, alteri pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *leg.* [illegible] *d. tit. leg. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani a conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & dict. l. 4. §. in quib. caus. pign. tac.* Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *leg. si fervus. 61. §. locavi, d. de furt.* quod autem erat in more positum ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres Interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum [illegible] citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini [illegible] sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ exstat in *leg. 5. Cod. de locat.* Sed merito hæc sententia a recentioribus rejecta est, nisi [illegible] D. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis [illegible] in ea constitutione adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in *leg. Pomponius, 5. in quib. caus. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio [illegible] inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata hic recte accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut [illegible] in eum fundum [illegible]. Qui autem hac lege [illegible] dixit, [illegible] pignori esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignori [illegible] teneantur. Ita ferme Connan. 4. *comment. 16.* [illegible] *Gartz ad dict. leg. 5.* Duar. Cujac. [illegible] *de pign.* [illegible] D. [illegible] *Cod. in quib. cau. pign. tac. n. 3.* Cravett. [illegible] 3. [illegible] 110. & *vol. 4.* [illegible] 115.

Quæ [illegible] *pignora* [illegible]) Quasi Serviana seu hypothecaria actio de reliquis rebus pignori obligatis, & in quas jus [illegible] pignoris [illegible]. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali. [illegible] & [illegible] in bona [illegible] & curatorum, *l. pro off.* [illegible] *20. C. de adm. tut.* [illegible] fisci, *leg. 1. l. 2. C. in quib. caus. pign. ta*[illegible] mariti in causa [illegible], *leg. unic. §. 1. C.* [illegible] in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore Prætorio & judiciali, *leg. 2. Cod. de Præt. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *l. non est mirum, 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam) Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. *leg. 1. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *dict. l. 5.* quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem, & debitorem convenit) Additum hoc exempli causa: multa enim sunt genera pignorum; quæ constituuntur sine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli V. ann. 1529. Io. Daker. *lib. 1. dissert. 10. num. 34.* add. *cit. 45. Ordin. Pol.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, Neostad. *de feud cap. ult. num. 26.* Grot. *lib. 2. introdut. cap. 42.* Plane ad constituendam generalem hypothecam satis [illegible], coram quovis hujus regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35.* Grot. *d. lib. 2. cap. 48.*

Utraque hac appellatione continetur) Sensus est, quæcumque res sit, sive mobilis sive immobilis, sive tradita sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscue in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret creditori competit, tam pro pignore proprie dicto, cujus scilicet ad [illegible] sit possessio, quam pro hypotheca, ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *leg. de pign. act.* Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo ad pignoris possessionem perveniatur, *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore proprie dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea forte amissa; sed hoc casu illum statim & recta possessionem pignoris avocari posse, quæ sententia non caret ratione. Neguf. *de pign. part. 8. memb. 1. numer. 16.*

(12) *Pignoris appellatione eam proprie rem, &c.*) Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus proprie dicitur, cum simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præsertim si sit mobilis: hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id notius sumpserunt a notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit a pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno, *leg. plebi, 238. §. 1. de verbor. signif.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam [illegible] cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior

xi..

ætat usu Latinum fecit, d[illegible] παρὰ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere*, *fiduciare*: ut appareat, verbum generale esse, eoque significare utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significatio rem habeat, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maxime immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca a pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem*, 9. §. *proprio*, 2. *de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videtur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manu Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, numquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantum, ut apud eumdem Paul. *d. lib.* 2. *tit.* 13. Modestinus apud Licinum Ruffinum *in collat. l. Mosaic. & Rom. tit. de depos. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur*: *sic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur*, &c. Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. in jur. Per hominem liberum noxæ deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a Prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tamque pignus, id est, ἐνέχυρον, quam ἀποθήκη significabatur. Cic. *in Topic. cap.* 10. *Si inter fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit? debet & Procurator.* Paul. *d. tit.* 13. *Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem*. Sed usus item speciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib.* 2. *tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur*, &c. Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit*, &c. id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clar. Salmas. *lib. de mod. usur. p.* 14. VINN. Cave existimes fiduciam fuisse hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis constituendus usus ejus esset frequentior. Erat nimirum fiducia singulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quod mancipabant alienabantve, ut quandocumque placeret alienanti, res restitueretur. Id quod sibi cavebant, hac formula. *Uti inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem fraudare*. Cic. *de Offic. III.* 17. & *ad Fam Epist. VII.* 12. Hinc creditores non contenti pignus se habere, illud sibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus restituatur. Isid. Hisp. *Orig. V.* 25. Ger. Noodr., *Obs. II.* 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. *pro Falc. c.* 8. *fiduciatus servus*, pro oppignorato apud Paul. *Rec. Sent. II.* 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertul. *de Idolol.* Eodem fiduciæ contractu aliquando usos esse in locatione conductione ex Plauti *Bacch. Act. IV. Scen.* 4. *v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depositi: saltem *fiduciam* pro deposito dici a Cic. *pro A. Cæcin. c.* 3. & *pro Q. Rosc. Commod. c.* 6. non abs re conjecit Taubmann. ad Plaut. *p. m.* 489. Denique fiduciæ usus in emancipatione liberorum satis notus est. Vid. *Antiq. nostr. Roman. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. HEIN.

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet Prætor, veluti de pecunia constituta: cui simili videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum: & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

NOTÆ.

8. *Repetitia*) Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur, ceterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *leg.* 2. *Cod. de const. pec.* add. Salmas. *de mod. usur. cap.* 16.

In actionem pecuniæ constitutæ) Actionis receptitiæ vis omnis a Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur, & non debitum, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS

1 *Recipere quid? actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

HActenus actiones Prætoriæ in rem, subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum Prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ; neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres de constituta pecunia, de peculio; ex jurejurando.

Cui similis videbatur receptitia) (1) Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta a verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se*, *ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere*. Cicero Licinio Crasso *Fam. l.* 5. *ep.* 8. *velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum*. Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas, sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conven-

tionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, repetitia sive pecuniæ receptæ.

Nostra constitutione) 2 Extat *in l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem recepticiam & constitutoriam discrimina fuerant; illa civilis erat verbis solemnibus comprehensa, hæc Prætoria: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscumque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap.* 16. quod olim mensarii actionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascumque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata repetitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constitutiones, eam, quæ pecunia constituta appellatur, quod ad agendum esset commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus conveniret, *l. pecuniæ*, 178. *de verb. signif.*

Si quid plenius) Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in recepticiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures) Cujusmodi sunt quod jussu exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo*.

TEXTUS.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur?*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

1) Actio de pecunia constituta edicto Prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit se facturum quod ante debitum fuit, *leg. 1. §. 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* ex hac causa jure civili actio non competit; quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta constituenda putavit motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere*. Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, Prætor actionem non dat. 2) Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo*, 16. *§. 3. & seqq. l. sed & si*, 27. *& l. seq. de pec. pec. const.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur: sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituto die, quominus oblatum acciperet. Nimirum Prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcumque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio) Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, quid quod ante debitum fuit, constituit, *l. 1. §. 1.* & passim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa*, 18. *§. 1. h. t. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *dict. l. 5. §. l. 1. C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l. 1. §. debitum*, 6. *& deinceps l. 3. §. 1. eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum: nihil enim Prætor adjecit, *d. l. 5. §. 2.* Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, *d. l. 1. §. an potest. 4. leg. 4. l. 4. in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, *l. id quod*, 19. *pr. & §. 1. eod.*

Nulla stipulatione interposita) Actioni constitutoriæ tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis*, 28. *eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus*, 43. *de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus quam fidejussori tributum est, *Nov. 4. c. 1.* & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. Cod. h. t.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum unde pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori, & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *supr. fidejuss. sub §. fidejussores*, 5. quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum a fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύῃ commune.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit Prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NO-

NOTÆ.

10. *Ipso jure non teneantur*) Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec servus dominum, *l.* 8. *de resc. vend. l.* 8. §. *ult. de accept.*

Veluti patrimonium) *L.* 32. *in fin. princ. de pec.* Peculium autem filiifam. hic profectitium tantum accipimus, *leg.* 18. *in fin. de castr. pec. l.* 6. & *leg. ult. C. de bon. & quæ l.b.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa intrrducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius?*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur?*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l.* 1. *C. neux. pro marit. l.* 1. *C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui in al. pot.* (1) Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *arg. l.* 1. §. *item*, 5. *de acquir. possess. leg.* 1. *si a patr. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam domini & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. (2) Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet, sed ex obligatione, ut passim legimus dominum & patrem de peculio obligari. Obligantur autem non ex sua persona, sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l. & ancillarum*, 27. §. 2. *de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eumdem locum habeat, *l. actionum*, 25. *de oblig. & action.* Cæterum hoc ideo placuit, quia Prætor propter peculium dominium teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones) Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c. de peculio. (3) Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis*, 44. *de pec.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre; at non videntur differre specie; sed actio de peculio cum altera una esse eadem specie actio, novam tamen qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi ex empto, adjectio: prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio, quamquam novam habeat qualitatem, vid. *infr. tit.* 8.

De peculio) Peculium servi simplex est & unius generis; totum in domini, a quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex & non unius naturæ. Genera ejus singula distincte exposita sunt *sub t.* 9. *lib.* 2. (4) Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectitio tantum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pater jus nullum habet, sed ipse filius locum ac cujus patrisfam. in eo obtinet, *l. ex castrensi*, 18. *in fin. de castr. pecul. l.* 30. *C. eod. leg.* 2. *de SC. Maced.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat; sed postquam Justinianus adventitii peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius hujus peculii & legitimus administrator factus est, destitit ex contractu filii de hoc peculio conveniri posse, *l.* 6. & *l. ult. C. de bon. quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius post Bartol. *in leg.* 1. *de pecul.* Christi *vol.* 3. *decis.* 35. *num.* 2.

Adversus patrem & dominum) (5) Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. si quis*, 44. *de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obligationis accipi possit, & pecunia a manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore*, 50. & §. 2. *eod. l.* 14. *de obl. & act.* Itaque quod dicitur in *d. l. si quis*, 44. cum qui cum filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio; idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum; sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest; qua de causa Jurisconsultus in *d. l. si quis*, 54. filiifam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro eo quod actor a patre aut domino actionem de peculio consecutus est, minui filii & servi obligationem; ut & illud, si filius conventus pecunia aliunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu) (6) Additum hoc consulto ad removenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l.* 1. §. *si filiusfam.* 7. *de his qui deiec. l. ex pœnalibus*, 58. *de reg. jur.* Cui non obstat quod filio ex pœnali causa convento, & in certam summam condemnato, pater tenetur actione judicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. idem scribit*, 11. *de pec.* Sed nec ulla alia actione ex

R 4 deli-

delicto filii pater conveniri potest: dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *infr. t.* 8. Cæterum verbo contractus & quasi contractus intelligere debemus, puta tutelam, negotia a filiof. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto*, 52. *de pec. l.* 14. *de neg. gest. l. ex contractibus*, 39. *de pecul. & act. l.* 1. *C. quod cum eo*. Neque hoc novum est, ut quasi contractus adeo ute contractus vocetur, *l. Sed etsi*, 16. *de neg. gest. l. in quib. caus. pign. tacit. d. l. ex contractibus*, §. 4. *de pecul. & act.* 7 Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusfam. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor, si servus fidejusserit; si liberum se mentitus judicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit, *l.* 3 *si filiusf.* 5. *&* §. *si servus*, 8. *cum seq. l.* 6. §. 2. *de pecul.* Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso jure) Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. 1. *infr. de perp. & temp. act. l.* 9. §. 1. *usufr. quemadm. cav. l.* 1. §. *ult. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam a Prætore, quia hi non tenentur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium) Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos) Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo*, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 2. *&* 3. *de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret; neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?*
2 *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hic tractetur?*
4 *Quam ob causam hæc actio a Prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu detur?*

1 INter actiones, quæ a Prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A Prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem Prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui jurasse*, 26. §. *ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *l. si duo*, 13. §. 2 *& seqq. eod. l.* 7. §. *si petenti*, 7. *de publ. in rem. act.* & utilem interdum, *l. sed si*, 11. §. *ult. l. quod si*, 29. *de jurejurand.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eamdem modo in factum, modo utilem a Consultis, vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim te deferente, ea lege, ut dares, aut faceres, quod peto, *d. l.* 11. §. 1. *l.* 8. *C. eod.* junct. *l.* 1. 2. *de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperte non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum Prætoria, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re: nimirum ob veterum causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solum consistit, cujus proprium est, ut non aliud quæratur, quam an juratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur, *l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 9. *de jurej.* Et hoc est quod Paulus scribit, in *l. eum*, *qui* 30. *eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui*, 30. sed nemo, qui sapit, necessitati probandi ultro se subjicit. Oldend. *class.* 1. *act. in affin. rem.* Dom. *c.* 8. *ad tit. de jurej.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l. sed & si*, 25. *& l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit, quæ intentio est actionis in rem. 2) Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l.* 11. §. 1. *eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscumque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum duntaxat, qui jusjurandum detulit, eosve, qui in locum ejus successerunt, *l.* 9. §. *ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per *d. l.* 11. §. *ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Denullus existimet, tractari solum hoc loco de jurejurando,

quo

quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse rationi judicati duntaxat, videlicet cum jusjurandum actori defertur post litem contestatam: sive a reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive a judice in causa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi*, 31. *de jurej. l. 3. C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum*, 34. §. *ult. d. l. admonendi*, 31. *eod.* 3) De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror ex eo quoque actionem dari; licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat *l.* 34. §. *ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l.* 8. *C. de reb. cred. l.* 3. *&* pr. §. 1. *l.* 9. §. *ult. l.* 3. §. *de jurej.* Atque in *d. l.* 24. §. 7. *eod.* petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare recuset, denegatur actio. Ubi jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non est locus, *leg.* 17. *pr. eodem*. Osvvald. Hiling. in Don. *lib.* 24. *Cod.* 18. E. Mudæus *ad hunc* §. *n.* 3.

Postulante adversario) Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, Prætor id jusjurandum non tenetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l.* 3. *de jurejur.*

Juraverit) At cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 1. *l.* 8. *C. eod.* Remittit autem, qui deferente se cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, *l.* 6. *eod.*

Justissime accommodat ei talem actionem) Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, *leg. sed & si*, 25. *& l. seq.* §. *ult. eod.* Item speciem transactionis continere, *leg.* 2. *eod.* id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi*, 21. *eod. l. quod si*, 21. *de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, *l.* 1. *eodem*. Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure Prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio; de qua *infr. sub tit. de except.* §. 4.

Sed an juraverit) Δι' τὸ σκέος τῶν ὅρκων. Dato igitur jurejurando vel remisso, non aliud quæritur, quam an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur, quasi id probatum sit jurejurando, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *eod. leg. post rem*, 56. *de re judic. l. si quis*, 11. *in fin. C. de jurejur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligit, quæ ante jusjurandum præstitum objici, jurisque jurandi præstationem impediri aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati objici potuissent, *l. cum qui* 20. §. *ult. eod.* Anton. Fab. *C. suo eod. tit. defin.* 11. An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consulantur DD. in *l.* 1. *l.* 2. *& l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

TEXTUS.

De actionibus pœnalibus.

12. *Pœnales quoque actiones Prætor pene multas & sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset, & in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

NOTÆ.

11. *Qui quid ex albo*) In eum, qui album Prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum*, *l.* 7. *de jurisd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

Cum id non impetrasset) *L.* 4. §. 1. *& deinceps l.* 1. *cum* 3. *seqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit) Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, *l.* 1. *l. pen. & pas. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corrupit? & quid hoc loco sit album?*
2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur, non item qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litem occupanti?*
3 *Qui in totum: & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocarit, qua actione teneatur?*
4 *Quæ causa Prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit? problematice.*
5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram Interpretum extensio.*
6 *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie vix huic locum esse.*
7 *Recensentur pleræque aliæ actiones Prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam Prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiscuntur, reique persecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ Prætoriæ sunt & personales, sed ex edicto veniunt,

nium, & pœnæ persecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pene multas) Pro *pene* videtur legendum *bene*, est, valde: nam *bene* particula veteribus sæpe est [illegible], ut bene doctus, bene magnus, bene longus, Cicero *lib. 2. de Orat. cap. 88. Habetis sermonem bene longum.* Idem in *Rull. cap. 22. Adolescens non minus bene nummatus quam capillatus.* Oppius *de bel. Hispan. cap. 12. Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent.* Et mox *cap. 13. Cum bene magnam partem muri consumpsissent.*

Qui quid ex albo) (1) Exemplum primum actionum pœnalium ex jurisdictione Prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album Prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in princ. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ ditiones habent *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujac. *lib. 10. obs. 10.* & quibusdam aliis magis probatur, gravitatem delicti. Quamquam vix est, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet, Bus. *ad l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. (2) Cum autem duplex edictum sit, unum perpetuum, quod per universum Prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur, quale est citatorium & peremptorium, *l. ad peremptorium, 68. cum l. seqq. de jud.* sciendum est, pœnale hoc judicium constitutum adversus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *dict. l. 7. de jurisd.* Illi auctoritatem Magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempubl. civesque universos lædere videntur; unde quoque est quod hoc casu populare judicium Prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit; *d. leg. 7.* Hic tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. Dissentit Gomez *hic n. 5.* cujus sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisse*, scilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *dict. l. 7. in princ. & §. doli, 4.* Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, sed etiam qui substulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l. 7. §. ult.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum pœna fisco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius est litem occupantis lucro eam cedere; per *l. 12. de verb. signif.* & ita post DD. comment. Gomez *hic, n. 29.* Schneid. *n. 28.*

Qui patronum vel parentem in jus vocasset (3) Alterum exemplum actionis Prætoriæ pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur, quædam quæ vocari prohibentur sine venia Prætoris. In totum vocari prohibentur Magistratus, qui imperium habent: item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica, aut religiosa detinentur, *l. 2. cum 2. l. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque Magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo Prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum parenti patrono, &c. constituit, *l. 4. cum aliquos seqq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2. 3. C. eod.* (4) Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem; sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioquin vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret, quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. *1. disp. 1.* Rævard. *cap. 5. ad l. 12. Tabul.* Cujac. 10. *obs* 10. Hotom. Don. Vult. *ad hunc §.* qui pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, si certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credunt violentam illam ductionem simpliciter & in quovis permissam fuisse. Quid enim ajunt, tam alienum a disceptationibus civilibus quam judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, *in jus ambula*, item *In jus eamus*, & apud Plinium *in Paneg. c. 36. In jus veni. Sequere ad tribunal*, manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho 4. 6. 31. In jus ducito*. In *Aulularia*, 5. 20. 30. *Ad Pretorem te rapiam*. In *Rudent. 3. 6. 15. Ravior obtorto collo*. Item apud Hor. 1. *Satyr. 9. v. 77. Rapit in jus.* Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore. Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam istam impune exerceri potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum: *Ne quis eum, qui jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *ducere* quo utitur Jurisconsultus in *l. 1. §. 4. qui satisd. cog.* hoc enim de volentibus proprie dici; ut ab illo Senecæ: *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt*. Quod autem parentes & patroni sine permissu Prætoris a liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum a Prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus ad citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem: raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Jo: Vaudi *l. 2. q. 26.* & Bachovi *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l. 18. & seqq. l. 22. d. tit. l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non iter.* ubi Pau-

Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, a competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, pœnam a Prætore remitti in his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac qui sunt privatus in jus vocari, *art. instr. Cur. Holland.* 8. 12. & 28. Bus. Morna. Autumn *ad l. 2. de in jus voc.* Zypæ, *not. jur. Belg. eod. vers. magistratus*. Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera vero pars de parentibus sine venia non vocandis, etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, jussu magistratus: nam etsi apud nos inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Curia), ad solam petitionem actoris vocationem exequatur, id tamen faciunt quasi ex tacito & generali magistratus mandato. Gudelin. *lib. 4. de iur. noviss. cap. 5.* Merul. *dict. sect. 1. tit. 6. cap. 12.* Christin. *vol. 2. dec. 154.* Perez. *C. de in jus voc. n. 3.* Enimvero venia in prima instantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. Ad parentes spirituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volentem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. Alex. Castr. & alii in *l. generaliter*, 13. *de in jus voc.* Scheneid. post Angel. Jas. *hic num.* 42. Christin. *vol. 2. dec. 90. n. 7.* 2. Ad socerum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentum loco sunt, genero, nurui, privigno, privignæ. DD. comm. in *d. l. generaliter*, 13. Fulgosus tamen, & post eum Alex. *d. loc.* de vitrico & noverca dissentiunt: & D. Merula *dict. sect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit distinctio Jasonis *hic, n. 75.* inter affinitatem durantem & dissolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pen. rem. litig. infra cap. 5.* 3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco fit. Menoch. 2. *arb. jud. quæst. ult.* Alciat. in *l. 1. Cod. de in jus voc. n.* 8. Verum alii hoc improbant. Duar. *cap. 4. de in jus voc.* Jas. *hic num.* 78. Alex. in *d. leg. generaliter*. 13. Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admisso, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, secundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præceptorem non pertinere. Quasi secundum mores hodiernos de reali citatione disputemus, quæ in causis civilibus rarissime locum habet, & non nisi ad commissionem judicis fieri potest, tanto minus hodie ista distinctione utemur. Considerandum vero, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque a qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres teste Juvenale *satyr. 7. sancti voluere parentis esse loco*. 4. Ad universitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cujusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus debet. Grammat. *cons. civ.* 40. Viv. *opin.* 119. *l. 2.* Schneid. *hic*, post Ang. Jas. *n.* 44. Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin. teste Christ. *vol. 2. dec. 90. n. 7* Postremo sunt, qui nec dominum feudi a vassallo sine permissu judicis impune in jus vocari posse contendunt: inter quos & Merula noster *d. cap.* 12. Sed communis opinio contrarium tenet. Mynf. 4, 4. *observat.* 92 Gail. *de pignor. cap. 15. n. 6.* D. P. Everh. *in locis legal. a libert. ad Vasall. in fin.* Schneid. *hic, num.* 45. Grot. 2. *manud. caus.* 41. *in calce*. Plane si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit a vassallo sine venia vocari, non quia vassallus, sed quia subditus, cui utique dominum eundemque Principem suum in jus vocare sine petitione veniæ licere non debet, Gail. *d. cap.* 15. Rod. a Vall. *cons.* 18. *lib.* 2. Alciat. *ad l. 2. Cod. de in jus voc.* Arnold. de R-yg. *in a ? tit. ad conserv.* Mynf. 92. VINN. Sic ex uno absurdo sequuntur plura, ex una quæstione supervacua sexcentæ aliæ. Edicti Prætorii de parentibus & patronis sine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio, publice sub dio facta merito ignominiosa videretur. Sive enim rapi potuisse nolentes ire dicamus, sive existimemus, vocare tantum licuisse, parum verecundum profecto erat, filium patri, libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus*. Noluit itaque Prætor eam vocationem, sine venia fieri. At quid hæc caussa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem sugillat? Quidni ergo cessante in universum hujus juris ratione, ipsum jus cesset? Sed ita multa passim sine delectu in foro recepta videas, quæ ipsi forte Romani, si ea apud nos fieri viderent, riderent, HEIN.

Qui vi exemerit eum) (6) In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, pœnale judicium a Prætore constitutum est, *l. 1. & pass. ne quis eum, &c.* Pœna autem longe alia est, quam superiorum; nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere, *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait: in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimata, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiamsi calumniator quis sit, tamen hanc pœnam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum, sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamsi res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic judicio sit locus.

Et alias innumerabiles) ἀπ' περιφραστικῶς, pro *multas & varias*, veluti contra eum, per quem factum erit, quominus quis in judicio sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis: contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. præced.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eodem*, item contra mensorem, *tit. ff. si mens. fals. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem esse videntur; quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, sive servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit: ceteræ ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

TEX-

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*) Præjudicia sive actiones præjudiciales recte definiuntur a Theophil. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restitui, sed tantum ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

Una legitimam causam) Utpote quæ ex lege 12. Tabular. descendit, *l.* 2. §. 24. *orig. jur.*

Cæteræ ipsius Prætoris) De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis, *l.* 1. *l.* 3. §. *de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, & unde sic appellentur?*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3 *De libertate inter quos agatur?*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate?*
5 *Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem, quo effectu detur?*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hoc differat ab illa de partu agnoscendo?*

DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri: quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videntur. Non esse in personam, ex eo apparet, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. act.* 25. *de obl. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur; nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfecta igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacite hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere: & nimirum eas videri esse actiones in rem: quam recte, videbimus inferius.

2 Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat, aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ, unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus; alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium de jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis [illegible], an [illegible], quæ genera etiam hic proposita sunt. D[illegible] actiones præjudiciales, & uno verbo præ[illegible], *l. quoties* 18. *de probat. l. ult. si ingen. esse* [illegible] *l.* 3. §. 2. [illegible] *l.* 1. §. 2. *de* [illegible] [illegible] nomine non ex eo, [illegible] aut [illegible] hoc enim [illegible] quæ tamen [illegible] in *l. Papi*[illegible] *de* [illegible] *rem* 54. *de judi. l. fundum* 15. *l. fundi* 18. *l. rei* 21. *de except. l.* 5. *in fin. de hær. pet. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudiciis aliis rebus faciendi cauta ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *l. antep. de stat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.* 1. §. *ult. leg.* 2. *l.* 3. *princ. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest; cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter* 12. *de except. leg. circa* 14. *de probat.*

In rem esse videntur) (2) Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus, qui agit, aliquid suum dicat & asserit: dominus servum suum in servitutem, servus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ proprie ita dicuntur; & ideo ait, *videntur*. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt, nempe is talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem proprie sic dictis, *l.* 9. *l. qui restituere* 68. *de rei vind.* Quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia sint, satis notum est. Dom. Herm. Vultejus *hic, & discept. scholast.* 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quas hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in Jure versati facile confutare poterint: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 26. *thes.* 4. ubi ex professo Vultejum refellit.

An aliquis liber) (3) Prima præjudialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & Cod. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit: alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. caus.*

An libertus sit) Secunda actio præjudicialis, in qua quæstio ingenuitatis vertitur. (4) De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria: alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *leg. circa* 14. *leg. quoties* 18. *de probat. leg. ultim. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vassalos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant. Joann. Fab. Zas. & Scheneid. *hic num.* 20. & DD. comm. Alio autem pactu domino consuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commissum auferre possit.

De

De partu agnoscendo. Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito: quod cum quæritur vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur inter patrem & filium, in qua & ipsa idem illud quæritur, & aperte, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse, editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *leg.* 1. §. *quemadmodum* 11. *de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, & agnitum pro justo filio habeat atque alere cogatur, *dict. leg.* 1. §. *penult. & ultim.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *leg.* 3. §. 1. *dict. titul.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *dict. leg.* 3. §. 2. Illud hic sciendum est, permitti mulieri intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *dict. leg.* 1. §. 1. qui si nec ipse, nec alio ejus nomine responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *dict. leg.* 1. §. *pæna* 4. & §. *antepenult.* Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus, *leg.* 1. §. 2. *de rei vind.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *leg.* 3. §. 1. *de agnosc. & aliend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaretur; veluti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur, & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *dict. leg.* 1. §. *ult. de agnosc. & alend. lib.* sed veritati adhuc locus superest, & postquam vere constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *dict. leg.* 1. §. *Justinianus* 12. & §. *antep.* Dubium vero non est, quin his neganti actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longe diversam esse hanc actionem a priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est, illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & marito filium, neganti non item. Hæc & patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agitur: & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel de nobili familia pronuntietur, & consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum Bart. Spec. Jas. Zas. concludit Schn. *hic num.* 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut liberos non habemus.

Una legitimam causam habet. Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est; legitimam, utpote quæ ex lege duodecim Tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam a Prætore circa hoc judicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub *titul. de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione Prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l.* 1. *l.* 3. §. 1. *de agnosc. lib.*

TEXTUS.

An res sua condici possit?

14. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere:* Si paret eum dare oportere. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

COMMENTARIUS.

1 *Vix esse ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dare petit.*
2 *Difficile expeditu esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.*
3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo illud commodum consistat?*

Confirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet: certe olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Diximus actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse, actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §. 1. *sup. eod.* Quamquam quædam actiones personales sint, quibus hæc formula proprie non conveniat, seu in quibus proprie nec dari, nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere*, propterea quod verbum *dare*, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat, quod autem alicujus est, id amplius

ejus

ejus fieri non posse, §. *Sed si rem*, 10. *sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis debere possit; tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, *l.* 14. §. 2. *de except. rei jud. l. non ut*, 159. *d. reg. jur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi stricte accipitur, *l. ubi autem*, 75. §. *ult. de verb. oblig.* indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *leg. nemo* 82. *d. tit.* §. 2. *sup. de inut. stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere di[illegible] possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis subla[t]is visum est sufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l.* 1. & 2. *C. de form. & imp. subl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotom. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non posse: *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, uti rote [illegible] descriptum ex commentariis veteris alicujus Juris consulti: add. Præsid. Everhard. *consil.* 48. *n.* 6. Greg. Tolosan 43. *syntagm. c.* 2. D. T[u]lden. *Cod. de form. & impetr. n.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 146. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *t.* 1. *c.* 2. ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est; secus conceptas ab auditoribus explodi, & a judice rejici solere. Formulæ conclusionum apud nos usitatæ in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit D. Merula, *d. tit. c.* 2. Plures auctor libri cui titulus *Het nieu verreterie ende vermeerder de Pa[illegible]*.

Plane odio furum) Exceptionis superioris regula. Una in causa recepium est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula judicis experiri possit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, *l.* 1. & *passim de cond. furt.* Ulpian. *l.* [illegible] *tit.* [illegible] breviter regulam cum exceptione sic expressit: *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus teneantur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici possit, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, rem, quod nostrum est, stare nobis oportere? Utique [illegible] sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre. [illegible] enim non magis fi[eri] potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum [fiat], aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quam si res condicatur alia ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino cui soli condictionem furtivam competere constat, *l. de cond. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, absurdum [illegible] videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ [illegible]. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in ceteris condictionibus verbum dandi proprie & stricte accipi, eoque intellectam tantum dominii translationem; in condictione autem furtiva [illegible] late & improprie [illegible], ut ex vi ipsa [illegible] rei restitutio: quod & Gloss. hic innuit. [illegible] *leg.* [illegible] 2. §. 1. *de verb.* [illegible]. [illegible] ex causa furtiva placeat eum recte agere, qui rem suam sibi dari intendit: ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest; quod Interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, facit *lex ult. in fin. usufr. qu. cav.* [illegible] *si urbana*, 55. *in fin. de condit. indebit.* junct. *leg.* 15. §. 1. *eod. leg. si procuratori*, 14. *in fin. de condit. caus. dat. leg.* 6. §. *penult. leg. verum*, 25. *de act. rer. amot.* Gomel. *hic num.* 28. post Accurs. Joann. Fab. Angel. Jas. In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores; nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici a domino potest, *l.* 1. *in fin. eum l. seq. de cond. trit.* & 16. Donell.

Quo magis pluribus actionibus) In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maxime si quarumdam vi & potestate [a]rctius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam a possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipse rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, §. *ultim. sup. de obligation. quæ ex del. leg.* 1. & *tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictioni duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominii. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pignoratitius, §. *furti*, 13. *cum seq. supr. de obl. qu. ex del.* Alterum positum in eo quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve qui dolo malo possidere desiit, detur: condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec dolo desierit possidere, §. *ultim. sup. dict. tit.* quamvis non furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, immo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re peremta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de condict. furt. l.* 2. *Cod. eod.* & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. *num.* 19. Tulden. *ad tit. Cod. n.* 4. Christin. *vol.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. Nimirum ut aiunt Jurisconsulti in *d. l. leg.* 8. §. 1. *dict. leg. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc exstaret, *l.* 5. *de reb. cred. leg. si servum*, 91. §. *sequitur*, 3. *de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, [illegible] qui rem sine dolo possidere desiit, ut maxime ei possit objici causa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitoris*, 36. *de rei vindic.* Plane mora judiciali

etiam

etiam in vindicatione possessori nocet; puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerit, *l. item, si 15. §. ult. dict. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem*, 27. §. 1. *eod.* Vide quæ nos *supr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones: condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*) Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *leg.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere est denunciare) Donat. *ad Phorm. action.* 1. *scen.* 2. Festus, *Condictio in diem certum est jus rei, de qua agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium. Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*
2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio?*
3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vindicationes, in personam vero condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *leg. actionum* 25. *de obligat. & act.* *Actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominii nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l.* 1. *& passim si usufr. pet. & tit. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus* 14. §. *in vindicatione* 3. *de pign.* E contra omnis in personam actio condictio dicitur, quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cossat.* 36. *de oblig. & act.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vindicationis. De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotom. existimat, *vindico* verbum esse compositum a vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varone *lib.* 4. *de ling. lat.* concertum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conseri & vim quamdam adhiberi solitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib.* 20. *noct.* 10. festucariam appellat; quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, pro vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maxime quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. (1) Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cum de significatione constet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est, quam aliquid sibi asserere, & suum esse dicere, sive id dominium sit, aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutuæ essent vindicationes, vid. *sup.* §. 1. *sub. fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur, & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* a vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindiciæ*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus: & quidem ex duodecim Tabulis in re atque loco præsenti apud Prætorem: postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tamquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Radæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat.* 3. *Verrin. c.* 45. quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud Prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satis dat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat: nisi sua sit hæreditas de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ significari ipsam possessionem. Quod ego, uti a verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat; quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas, de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ; & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audi-

[illegible] qui [illegible] quia pro[illegible] rem aliquam [illegible] adhærere [illegible], vindicationes dici actiones in rem de proprietate, [illegible] jure, quod quis in re habet: de quibus [illegible] explica[illegible].

[illegible] Quod Justinianus hic [illegible] esse denuntiare, id etiam [illegible] notat. *Condicere*, inquit, *est di*[illegible] Donat. in [illegible] in personam [illegible] tradit, prioris temporibus moris [illegible], ut is, qui cum aliquo li[illegible], adversario suo denuntiaret, ut hoc vel [illegible] die ad judicium accipiendum & litem persequen[illegible]. Sed ex his nondum intelligitur, quid ve[illegible] condicere, multoque minus quam rationem [illegible], quod ipsa actio in personam dicta sit condi[illegible]. Itaque [illegible] est verbo condicere non significari unius [illegible] denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantis. Nam condicere valet [illegible] dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium [illegible], ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hic idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & [illegible] inter alios dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice [illegible] denuntiare & promittere te adfuturum. Cicer. *ad Lentul. Fam. 1. Epist. 9. Crassus, cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in *Tib. c. 42. Sexto Claudio litigioso ac prodigo* [illegible] *cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine* [illegible] *aut* [illegible]. Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret, qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, [illegible] ut constituto die se judicio sisteret: quæ res [illegible] dicebatur, & ante litem contestatam [illegible]. Constituto deinde a prætore judicio, diem committendi judicii simul [illegible], id est, communi consensu [illegible] d[illegible], actor denuntiando reo, quo die vellet eum [illegible] venire; reus denuntiando actori [illegible]: idque uno verbo dicebant diem condicere, & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. [illegible] rem fere tertium [illegible] perendinum [illegible] nomen [illegible]. [illegible] 3. c. [illegible] *ab* [illegible] *dem.* [illegible] *se Saci*[illegible] [illegible] *post* [illegible] fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod [illegible] nomine condictionis [illegible], cum ex duabus istis [illegible] & proprium nomen [illegible], alteram, quæ proprio carebat, nomine generis [illegible] communi, & juris auctoribus [illegible]. [illegible] in rem [illegible] nomen vindicatum sive vindicationis; actioni [illegible] nomen utriusque judicii commune relictum [illegible]. Prolixius hæc [illegible] D. Hotomannus. VINN. Semper existimavi, hanc rationem non sufficere. Ea potius repetenda videtur a vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio observabatur: unde illæ dicebantur VINDICATIONES. Contra in personalibus nulla vis imaginaria, nulla manus consertio, sed tantum verbis inter se agebant, & sponsionibus se provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia sibi invicem condicebant, id est, promittebant per sponsionem, exgrat. Actor eum p[illegible]. *Spondesne centum,* [illegible] *dabis?* respondebat reus: *spondeo*, simul actionem provocabat; *Tu vero spondesne centum, ni dari fa*[illegible]? Respondebat Actor: *spondeo*. Hoc vero & proprie erat *condicere*, id est promittere. Observabantur quidem tales sponsiones etiam in judiciis in re: sed cum ibi vis imaginaria actus esset notatu dignissimus, maluerunt ab illo nomen his imponere *condictionis* vocabulo judiciis personalibus relicto. HEIN.

Nunc vero abusive dicimus condictionem) Recte *abusive*; quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, a quo profi[illegible]ceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur a quamvis usu rei exoleto.

Nulla hoc tempore denuntiatio) Justiniani ætate vetus illa condictio & solennis illa ad judicium denunciatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius, quorum constitutio extat in *leg. si quis, 6. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere an contendere malit, *auth. offeratur C. de lit. cont st.* Nos hoc jure nunc utimur, ut [illegible] vocato diem dicat, & moderatum tempus ad [illegible]randum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteræque circumstantiæ desiderare videntur. D. Nercul. *lib. 4. dist. 4. sest. 1. tit. 4. c. 14.* Gail. *1. obs. 74. n. 16. & seqq.* Gudel in. *lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

T E X T U S.

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna: & usus hujus divisionis.*

PRoponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto, quippe quæ [illegible], quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque continent. Sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna, cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maxime facit.

facit. Sed quod hic omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriæ a Paulo tradita *leg. in honorariis*, 35. *de obl. & action.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit: *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Et patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor: quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu: quodque ejus, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *leg. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest, *§. ult. de verb. oblig. l. ult. de præt. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias: quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam; pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales, quæ in hæredes dentur, de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei persecutoriis.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verum actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem Prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

NOTÆ.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*) Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, *dict. leg. 35. hoc titul.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur: 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. Quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, *§. ultim. supr. de verb. oblig.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2 *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quam illa ex deposito miserabilis?*
3 *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo detur?*

(1) *Omnes in rem*) Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere, 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quam æstimatio ejus, quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur; actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sane æquissimum est, arbitrio domini definiri, *dict. leg. 8. de in litt. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

(2) *Quæ ex contractu fere omnes rei persequendæ*) Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, *§. si autem, 19. infr. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *leg. redhibitoria, 45. de ædil. edict.* sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum a venditore repromitti solet, *fac. leg. cum autem, 23. §. si servus, 4. dict. tit.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur: quia ex stipulatione duplæ competit, *t. 2. & pass. de edict. leg. quod si nolit, 31. §. qui assidua, 20. de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.) In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum a Prætore redditur, *leg. 1. §. 1. depos.* (3) Merito has causas deponendi a cæteris segregavit Prætor; primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit; in his autem trepidatio nullum tempus ad liberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *dict. l. 1. §. 2. & seqq. depos. leg. 1. & passim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio, non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in sim-

simplum actio est, dict. leg. 1. §. hæc autem, [illegible] §. sed si heres, 28. eod. tit.

Aut non heredis quo de dolo ipsius) De dolo ipsius, heredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & infidelitate propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti, nam tunc in hæredem in simplum duntaxat hoc judicium datur, *dict. leg.* 1. §. 1. *leg.* 18. *depos.* Non obstat quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniatur, *leg.* 12. *leg. ex contractibus*, 49. *de oblig. & act. leg. aliud*, 157. §. *in omnibus de reg. jur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est dari in solidum, aliud dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt: aliæ tam pœnæ quam rei persequendæ; & ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli, sive nec manifesti, dupli; de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

De mixtis, hoc est, rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat. veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit; tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint, usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna; & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

19. *Aliæ tantum pœnæ persequendæ*) Paul. l. 35. hoc tit. pœnæ actionem eam, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutionem pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo, quibus persequimur vindictam legitimam.

19. *Si in simplum quisque agat*) Actio damni injuriæ ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. *ultim. supr. de obl. quæ quasi ex contr.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro vere pœnalibus esse & certa quantitate pœnæ persecutorias.*
2 *Quæ quibus exceptis mixtæ?*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum a parte actoris pœnales non sint?*

Ex maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipienda, conditio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continet, *leg.* 7. §. 2. & 2. *de cond. furt. leg. si mulier*, 21. §. *pen. de act. rer. amot.*

Pœnam tantum actione furti) Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. *ult. supr. de oblig. quæ ex del. dict. leg.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Ejusdem generis est & actio injuriarum, quippe qua nihil, quod nobis abest, persequimur, sed tantum vindictam criminis, *leg.* 7. §. 1. *de injur.* (1) Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt actio de albo corrupto, *leg.* 7. *de jurisd.* §. *pœnalis*, 12. *supr. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, *dict.* §. 12. *leg. penult. & ult. de in jus voc.* item actio de suspenso & posito, §. 1. *tit. preced. leg.* 5. §. *Prætor*, 3. *de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum, aut quadruplum, sed certam pœnæ summam edicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis) Eam vel vindicando a quocumque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. *ult. supr. de obl. quæ ex dol.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mixta) In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti, sed in quadruplo continetur, & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, *supr. vi bon. rapt. in princip.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio) Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, sed partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. *his autem*, 9. & 14. *supr. de leg. Aquil.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *leg. inde Neratius*, 12. §. *penult. ad leg. Aquil.* §. *ult supr. de oblig. quæ quasi ex contract.* 2 Sed & ceteræ quoque actiones ex maleficiis præter furtes & injuriarum, certæque quantitati pœnæ persecutorias, quæ meræ pœnales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti, *leg.* 14. §. *in hac actione*, 4. *de serv. corrupt.* quod metus causa, *leg. item si*, 14. §. *sed & si*, 9. & 2. *seqq.* quod met. caus. de calumnia, *leg.* §. 1. *de calum.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. & *seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *supr. de obligat. quæ quasi ex delict.* Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet a parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantum concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita rei persecutionem contineat,

leg. 9.

leg. 9. §. quod falf. tit. de quo diligentius differuimus *infr. de perp. & temp. action. §. 1.*

Relicta sacrosanctis Ecclesiis) Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequitur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *sup. de oblig. quæ quasi ex contract.* Una actio ex hoc genere hic excipitur, neque actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis, puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit, si tamdiu solvere distulerit, donec in jus vocaretur, §. *sed furti 26. infr.* Scholiast. Theoph. οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἐδιπλώσε εἶτα-ζεται, τουτέστιν ... hoc est, *leg. 45. C. hoc tit.* in editione Gothofr. & Pacii est *leg. 46.*

TEXTUS.

De mixtis, id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur tam in rem quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quia inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

NOTÆ.

20. *Quæ competit cohæredibus*) Tres hæ actiones familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege duodecim tabularum descendunt, *leg. 1. famil. ercifcund. leg. ultim. fin. reg.* quæ ideo constitutæ ut communio, cujus materia discordias excitare solet, (*leg. 77. §. 20. de leg. 2.*) tollatur Pac.

Qui confines agros habent) Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis) Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *infr. §. 4. & 2. seqq. de off. jud.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ?*
2 *Judicium familiæ erciscundæ inter quos reddatur, & quid contineat?*
3 *Inter quos qua de re agatur, communi dividundo?*
4 *Inter quos, finium regundorum, & hujus rei gratia?*

PEr occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. sed quæ longe diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dicit, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. 1 Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quodam sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *leg. actionum, 37. §. 1. de oblig. & action.* & alibi duplicia *leg. 2. §. 1. comm. div.* nimirum quo in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei, *leg. inter eos, 13. de jud. leg. judicium, 10. fin. reg. l. inter cohæredes, 44. §. fam. ercisc.*

Mixtam causam obtinere videntur tam in rem) In rem esse videntur, quia in iis quisque de re sua agit adinstar ejus, qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait, has actiones mixtam causam obtinere tam in rem quam in personam; sed obtinere videri: nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nihil cum actionibus in rem commune habeat, *leg. 1. fin. reg. leg. 1. §. 1. Cod. de ann. exc.* quod fusius a me expositum, *supr. §. 1. hoc tit.* VINN. Sed tu vide quoque sis quæ ibi adnotavimus. HEIN.

2) *Quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate*) Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividantur, & a communione discedatur, *leg. 1. famil. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa: sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *leg. item Labeo, 22. §. penult. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus, atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. in *familiæ, 4. infr. de offic. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus communicet, *leg. inter, 44. §. 2. & 3. fam. ercisc. leg. 3. Cod. eod. d. §. 4. infr. de off. jud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque farciat, *leg. hæredes, 25. §. non tantum, 16. & §. item culpæ, 18. fam. ercisc. cum ex mpl in leg. & pr. 16. §. penult. l. inter, 44. §. quod ex facto, 5. eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei a cæteris pro rata refundatur, *leg. hæres eorumque, 18. §. sumptuum, 3. eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam a defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *dict. leg. hæredes, 25. §. idem juris, 13. & seq.* indicantur hæc genera in commune, *leg. quibus casibus, 34. pro soc.* in judicio communi dividundo, *leg. 3. comm. div.*

(3) *Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur*) Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & 2. comm. div.*

Finis [illegible] judicii item duplex; unus ut recedatur ab harum rerum communione, alter ut utrinque præstetur, quod ad alterum alteri præstari oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, [illegible] In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem*, 5. *inst. de offic. jud.* quippe remota hæreditatis divisione cætera sunt utique judicio com altero communia, *leg.* 6. §. *cætera*, 23. [illegible]

4 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent.* Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam, & certitudinem redigantur: & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *leg.* 4. *princ. l.* 8. *in princ.* & §. *in fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possint vel propter veterum limitum incertitudinem; permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino addici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *leg.* 2. §. 1. *l.* 3. & *l.* 4. *eod.* [illegible] §. *pen.* [illegible] *de offic. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare. Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat explicatur plenius *tit. de offic. jud.* §. *si familiæ*, 4. & 2. *seq. de offic. judic.*

T E X T U S.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

C O M M E N T A R I U S.

An ulla actio plus quam quadruplum persequatur.

Tertia hæc actionum divisio est sumpta & ipsa ab effectu, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul, hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens*, [illegible] Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo nullane actione plus quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens [illegible] vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *leg. Julian.* 13. *de act. empt.* Si quis [illegible] a navi abstulit, ut [illegible] fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is [illegible] rerum nomine teneatur, *l.* 3. §. *ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem [illegible] traditum est in *leg. inde Neratius*, 23. *in princ. ad leg. Aquil.* §. *illud.* 10. *supr. eod.* Atqui in [illegible] hæreditatis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris estimatur, quam quanti valebat corpus in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacumque hæc sit æstimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, neque in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad* §. *alteri*, 18. *de inutil. stipul.*

T E X T U S.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

C O M M E N T A R I U S.

IN simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur: Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia contra causam inficiationis aut moræ, §. *vi bonorum*, 19. *supr. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *leg. penult.* §. 1. *eod. tit.* & si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certa pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *leg.* 7. *de jurisd. leg. penult. de in jus voc. l.* 5. §. *ait Prætor*, 6. *de his qui deje. l. penult. Cod. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione. Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *leg. si dictum*, 56. *de evict.* Dicendum videtur actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

T E X T U S.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, qua competit in eum, cujus hortatu consilio servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

COM-

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne. Quia hoc loco tantum ei propositum est ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis. §. *ex maleficiis*, 18. *& seqq. supr.* §. *sed furti*, 26. *infr. eod.*

Depositi ex quibusdam causis) Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe *tumultus*, *incendii*, *ruinæ*, *naufragii*, *l.* 1. *depos.* §. *rei persequendæ*, 27. *in fin supr. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu) Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera servus quolibet modo deterior factus est, *leg.* 1. *cum seqq. de serv. corrupt.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *leg. si quis*, 20. *Cod. dict. tit.* §. *sed etsi*, 8. *supr. de oblig. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit: duplatur enim omne damnum, *leg. in hoc*, 10. *eod.* De filia filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æstimanda, quoniam interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi, *l. tantum*, 14. §. 1. *eod.*

TEXTUS.

In triplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera estimatione quantitatem in libello conventionis inferunt, ut ex hac causa viatores, id est, executorem litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quid nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inferunt dolo malo, qui viatores, id est, apparitores seu litium executores, §. *seq. infr. l.* 5. §. *ne tamen*, 13. *de reb. cor. qui sub tut.* majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis) Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem summam sportularum) Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut plane constat ex *l. omnes*, 33. §. *executoribus*, *S. C. de Episc. & Cler. l. in sacris*, 12. *C. de prox. sacr. scrin. lib.* 12. *l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & a reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est. Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 5. *in fin.* De sportulis earumque vario usu vid. Fr. Juret. *in not. ad Symmach. lib.* 4. *epist.* 55. & Bachov. *ad hunc* §.

In triplum ab actore) Datur hæc actio reo in minorem summam, quam quæ petita fuit, condemnato adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam iure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant, §. *si quis*, 33. *in pr. & fin. infr. eod.*

Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare) Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Ruffard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus: *Ex qua procul dubio cautum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani esse condictitiam ex lege, sive ejusmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, qua actione experiendum sit, lege agitur, *l.* 1. *de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex *paraphrasi* ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti: item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, quæ in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam a reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

25. *Calumniæ causa negotium*) *Leg.* 1. *l.* 3. *calumn.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, judicio calumnioso aliquem vexare: Quintilianus *lib.* 5. *cap.* 12.

Ex lege condictitia nostra constitutio) Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Novell.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIUS.

REcensentur hic quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis est: reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abest aut interest, persecutio.

De eo, quod metus causa) Quod metus causa gestum est, Prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa abierit, arbitrio judicis non restituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *leg. item si*, 14. §. 1. *quod met. caus.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoriæ, *leg.* 14. §. *sed & si*, 9. *cum* §§. *seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret) Negotium alicui facere calumniæ causa est, judicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *leg.* 1. *leg.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *leg.* 5. §. 1. *dict. tit.*

Item ex lege condictitia nostra constitutio) Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit; *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur*, &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executionibus litium) Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet. *Novell.* 124. *cap.* 3. ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuptiis & apparatoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non observari.

T E X T U S.

Subdivisio actionum in duplum.

26. *Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at istæ, id est damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depositi inficiatione duplicatur: in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usquequo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.*

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit a cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

N O T Æ.

26. *Omnimodo dupli*) Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Theoph.

In confitentem in simplum) Potest itaque hic reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui jussu judicis*) In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *leg.* 14. §. 1. *quod met. caus.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ: quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text.* §. *si autem*, 19. *supr. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judicis jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *dict. text.* §. *item actio*, 27. *leg. item si*, 14. §. 2. & 4. *quod met. caus.* Est & alia & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod scilicet quædam sint mere pœnales, quædam mixtæ, sed illa superius explicata est, §. *ex malefic.* 18. & *seqq. hoc tit.* VINN. Intererat hic monere, cur Justinianus hic dicat in actionibus quod metus causa *natura tacite hoc contineri*, ut qui jussu judicis rem restituat, absolvatur, si non pareat, condemnetur in quadruplum. Ratio est, quod hæc actio est arbitraria. Harum autem actionum ea est natura, ut judici ex æquo & bono æstimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, si vero arbitrio non pareat reus, condemnatio in majus fieri possit. Quod ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, *his actionibus proprium esse*, observat Theophil. *ad* §. 31. *hoc tit.* (1 HEIN. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ, & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus quod sibi abest persequendi judicio civili. Jo: Imbert. in *enchirid. jur. script.* Baro *ad tit. supr. de oblig. quæ ex delict. comm.* p. 2. Gudelin. *de jur. nov.* 3. *cap.* 13. Groenew. *de ll. abrog. ad rubr. Cod. de pœn.* & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum,

rum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & proficabilis, ut loquuntur. Vide *supr. ad §. 10. de injur.*

TEXTUS.

Divisio quarta de actionibus bonæ fidei.

18. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pigneratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.*

NOTÆ.

28. *Quædam bonæ fidei*) Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cicer. *in Top. & 3. de off.* Sen. 3. *de benef. & 1. de Clem.*

29. *Quædam stricti juris*) Strictæ, stricti judicii, *l. 5. §. ultim. de in lit. jur.* in quibus potestas formulæ adstricta est. Senec. 2. *Clem. cap. ultim. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei sunt hæ) Θετικῶς. Unde intelligimus omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Ceteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infr. §. 1.*

Præscriptis verbis) Non omnes, sed illæ duæ duntaxat æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *leg. de æstim. act. l. 1. de contr. contr. empt.*

Nostra constitutio eam esse ex bonæ fidei) *Leg. ultim. Cod. de petend. hæred.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *leg. 25. §. propenult. Dig. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, *leg. 7. Cod. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ?*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ?*
4 *Multæ & insignes horum generum differentiæ; & an-nequæ earum adhuc maneant?*
5 *Bonæ fidei nullas esse, præter eas, quæ hic recensentur.*
6. *Actio finium regundorum cur hic omissa?*
7 *Cur duæ præscriptis verbis æstimatoria & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei?*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

DUæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia quæ docet, quod quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum, quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

1. *Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris*) Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris; deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam a duabus, quæ hic proponuntur, speciem constituere videntur, §. *præterea*, 31. *infr. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *leg. placuit*, 8. *Cod. judic.* ubi Imp. ait, placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l. 4. C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectetur, etiam in actionibus omnibus certe iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Ceterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit*, 8. juris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus quasdam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, ut & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut e contrario, nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimari possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ*, 30. *infr. eodem*. Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius *in analysi sua*, dum quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, summum & strictum jus sequatur. Ad alterum, quod ex *l. 4. Cod. de oblig. & act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem; sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quamdam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *leg. dolo*, 5. *Cod. de inut. stipul. leg. si quis*, 36. *de verbor. obligat.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides, æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem; quamvis id forte subtilitate juris præstandum videatur, sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Sed esto, inquit: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrarium omisit. Respond. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constituisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. *præterea*, 31. *infra*: perinde id haberi debet ac si tres

tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripertita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & a duabus, quæ hic [illegible] nuntur, plane diversam videbimus suo *dict.* §. *præterea*.

Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pene verbis expressa, *leg.* 2. §. 3. *leg.* 5. *princ. de oblig. & action.* §. *in bonæ*, 30. *instr. eodem*. Duo itaque sunt, quæ judicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio judicis est ex bona fide, seu id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod Prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cicero in *Topic. & lib.* 3. *de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *leg. ex empto*, *alias leg. emptorem*, 11. §. *ultim. de action. empt. leg. rtera*, 32. §. 2. *de usur. leg. cum qui*, 22. *de annat. leg. in bonæ*, 13. *Cod. de pact. leg.* 3. *Cod. de reb. cred.* & aliis locis; oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam Prætor in quibusdam judiciis liberam judicii potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam a natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidem contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de oblig. ex caus. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam lata interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expresse convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex [illegible] *leg. quicquid*, 99. *de verb. oblig. leg.* 2. *de reb. cred.* [illegible]. Ex hac, inquam, diversitate contractuum procul dubio est, quod [illegible] quoque in actionibus ex contractu [illegible] aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, [illegible] laxius adjecta clausula ex bona fide, [illegible] in [illegible] descendentibus ex contractu utrinque [illegible] modo angustius & strictius, ut in actionibus, quæ [illegible] ex contractibus, [illegible], [illegible] ex mutuo, [illegible], stipulatione, &c. Hoc idem [illegible] Theo[illegible] [illegible] argument[illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] ipsa etiam nunc manet, [illegible] actionum [illegible] [illegible] [illegible] poena

causa discriminis, eadem conventionum diversitas mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus *συναλλάγματι* veniunt, ostendit, cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas Prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat: *Si patet Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ, inquam, actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat, qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri, convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib.* 3. *de benef. cap.* 7. *Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur: qui illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca, *lib.* 2. *de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcise sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maxime hæc. (4) 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigat: veluti ut venditor evictionis nomine duplum promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod si nolit* 3. §. *quia assidua* 20. *de ædil. edict.* Item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata, verbi causa, si venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l.* 1. §. 1. *l. Julianus* 13. *princ. l. si sterilis* 21. §. 1. *l. in venditione* 41. *de action. empt. l. ea quæ* 45. §. *ultim. de contr. empt. l.* 1. §. 1. *& poss. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, etsi nominatim cautum non sit, eum abesse, abfuturumque esse, *l.* 6. *in fin. de* [illegible]. *empt. dict. l. ea quæ* 45. *leg. si cum fundum* 68. §. 1. *de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim, facta ejus rei interrogatio, *l.* 7. *de neg. gest.* 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, *leg.* 3. §. *ultim. pro soc. l.* 5. *Cod. de resc. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet; ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter* 7. *de dol. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l.* 3. §. *ultim. pro soc. l. in causæ* 26. §. 1. *de minor.* Et hoc est, quod vulgo Interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contra-

ctus,

ctus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, *leg.* 13. §. 4. *& seqq. de act. empt. leg.* 2 *Cod. eod. dict. l. & eleganter* 7. §. 3. *de dol. mal.* qui de re consule Bachovium *disput.* 6. *de act. thes.* 16. *& seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti *de eo, quod met. caus.* & textu expresso in *leg.* 4. *& 5. Cod. de his qui m. c. caus.* de quo item adi Bachov. *dict. loc.* & nostra *lib.* 1. *select. quæst.* 12. 3. Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l.* 3. §. 1. *commod. l.* 1. *si res* 16. *depos.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur, in pecunia usuræ, in cæteris rebus fructus. De usuris diserte hoc traditum est in *leg. mora*, 32. §. 2. *usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus *in leg. usuræ* 34. *de usur.* fructuum quoque eamdem conditionem esse oportet, fac. *text. in leg.* 3. *in princip. eod.*, nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *dict. l. usuræ* 34. *de usur. l.* 3. *Cod. in quib. caus. in int. rest.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit reum absolvere. Non est huic contrarium quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus* 18. *comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, & si non ex ipsis tamen, satis per officium judicis consuli, *l.* 3. *de resc. vend. l. sed si ideo* 31. *in fin. solut. matr. l. hujusmodi* 84. § *qui servum* 5. *de legat. l. plane* 38. *leg. ultim. de hæred. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit nihil amplius, *l. quicquid* 99. *de verb. oblig.* nisi sit, quod in natura negotii contineatur, *l.* 3. *de reb. cred. l. indebiti* 15. *de cond. ind.* Qua de causa in strictis judiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis, per *dict. l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *de ædil. edict.* Ubi non expresse clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter* 7. §. 3. *in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso jure stipulatio & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l. si quis* 36. *de verb. oblig. l. dolo* 5. *Cod. de inut. stipulat.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo *dict. l.* 7. §. 3. *de dol.* De usuris jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantum tribuatur, *l. mora* 32. §. 2. *de usur. l.* 5. *Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & diserte traditum est, in stricti judiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *l. Titius* 24. *de præscr. verb. l.* 2. *Cod. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his judiciis currere incipiunt, *l.* 1. *Cod. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite* 35. *de usur.* lite contestata, usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere, seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *leg.* 1 *Cod. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta, usuræ non currunt, seu cursus usurarum sistitur, *leg. novatione* 18. *de novat.* litis autem contestatio novationem quamdam inducit, *leg. delegare* 11. §. 1. *leg. aliam* 29. *his tit. leg.* 3. §. *idem scribit* 12. *de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *dict. leg. aliam* 29. add. Don. *hic. num.* 31. Perez. *ad tit. Cod. de usur. num.* 22. De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora facta sit: post acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *leg. videamus* 38. §. *si actione* 7. *de usur.* In his autem actionibus, quibus repetimus quod nostrum fuit, cujusmodi sunt conditiones earum rerum, quæ a nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus, ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, *leg. indebiti* 15. *de cond. ind. d. l. videamus* 38. §. 1. *& aliquot seqq.* Don. *de fruct. cap.* 1. Plane in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est; *l.* 6. *in fin. cum l. seq. de in lit. jur.* favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora ad instar bonæ fidei judiciorum, *l.* 3. *t. usuræ* 34. *de usur. l.* 3. *Cod. in quib. caus. in int. restit.* Denique in strictis judiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel a dubitante tantisper omitti, donec actor intentionem suam probaverit, antequam sententia feratur, *l.* 6. *Cod. de præscr. long. temp. l.* 8. *& l.* 9. *Cod. de exc.* Non contestatam postea objicere non licet, de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur, in strictis autem hoc tempus a fructuum perceptione immune sit, *l.* 3. *princ. & §.* 1. *de usur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstimatione tempus litis contestatæ, *l.* 3. §. 2. *commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *leg.* 5. *princip. & §. ultim. cum leg. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc judiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu non videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi a tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eamdem esse præstationem accipi: quod sane in Gallia expresse sancitum. Imbert. *in enchirid. vegetab. evictione an liceat.* Rebuff. *ad const. Reg. tom.* 3. *tract. de fructib. articul.* 1. add. Baron.

Baron. *instr. de offic. judic. comm. part. alt.* Gudelin. 3. *de jur. noviss. capit.* 13. Groenew. *de leg. abrogat. ad* [illegible].

(5) *Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito, &c.*) Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferantur: sed *expresse, bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur indicans, se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse. cæterasque, si arbitrariæ non sint, de quibus §. *præterea*, 31. esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *leg.* 1. §. *ult.* & *leg. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, *leg. eum qui*, 22. *de donat.* condictio indebiti, *l.* 1. *Cod. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo; ut condictio indebiti, *l. penult. cond. ind.* actio funeraria, *leg.* & *si quis*, 14. §. *hæc actio*, 6. *de relig.* actio injuriarum, *l.* 12. §. 1. *de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l.* 2. §. 2. *de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicantur, quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur, *d. leg.* & *si quis*, 14. §. *item Labeo*, 13. *de rel.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis judiciis judex non solum judicat, sed adstringitur formulæ, ut proinde existimem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermissam esse; numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum gestorum, cujus actio funeraria species quædam est, ut adjectio, *argum. l.* 1. *d. l.* & *si quis*, 14. §. *sed interdum*, 7. §. [illegible] 9. §. *si quis*, 11. & *l.* §. *item Labeo*, 13. *de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur quæ plane sint diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certe dubium est, quin bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ pigneratitiæ, quam directis ex iisdem causis, & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *leg.* 3. *Cod. de* [illegible]. Eademque ratione & actionem pro tutela, & bonorum possessoriam hereditatis petitionem, & petitionem hereditatis fidei commissariam, recte dicimus esse actiones bonæ fidei, *argum. leg.* 1. §. *pen. de eo qui pro tut. leg.* 1. *de poss. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticam a venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, *leg.* 1. *Cod. de jur. emphyt.* fac. §. 3. *sup. de loc.*

Ex empto, vendito) Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *supr. tit. de oblig. ex cons. l.* 2. *de ob. & acc.*

(6) *Familiæ erciscundæ, communi dividundo*) Alibi passim tria hæc judicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum, quia hoc judicium a cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei judicii. Nam illæ familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est *tit. de oblig. quæ quasi ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *decis.* 49. *erc.* 1. arbitraria: quoniam pro vindicatione est, *l.* 1. *in fin. reg. fac. l.* 4. §. 3. *eod.* & quod nomen arbitri in quæstionem finium usurpatur.

(7) *Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione*) Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde recte vulgo Interpretes concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti juris. Cur duas illas placeat bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei conferi debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt. Videsis Dom. Bachov. *disput.* 6. *de act. thes.* 8.

(8) *Hæreditatis petitio*) Petitioni hæreditatis, cum ea sit actio in rem, *leg.* 25. §. *propon. de hæred. petit. leg.* 1. *de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei: si quidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubie hac ratione moti nonnulli veterum eam a classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proxime accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ a debitoribus exactæ sunt: item pretiorum rerum venditarum; item eorum quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditate impendit, *d. leg.* 25. §. *un.*

§. *antepenult. leg. item veniunt*, 20. *leg. plane*, 38. *de hæred. petit.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *leg.* 7. *Cod. de pet. hær.* Posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. dict. l.* 38. *de hær. pet* confirmavit Justinianus *leg. ult. fin. Cod. eod.*

TEXTUS.

De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod re uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata, ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in actione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.*

NOTÆ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*) Quatuor singularia hic a Justiniano constituta. 1. Ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. Ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. Ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *dict. leg. unic.* §. 1. 4. Ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *leg. ultim. qui potior. in pign. Nov.* 97. *cap.* 3. & 4.

Cujus solius providentia) His verbis excluduntur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un.* §. 6. Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov.* 91.

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat? & quid hic novi a Justiniano?*

2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam rei uxoriæ?*

3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*

4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus, & quid hic juris apud nos?*

5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

(1) SOluto matrimonio, dotis repetitio est, nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneat apud maritum, *l.* 32. *de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un.* §. *accedit* 13. *C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *leg.* 9. *in fin. Cod. de pact. tam sup. hot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *leg.* 2. §. 1. *solut. matrim.* ipsa sola, si emancipata est, *leg. si socer*, 44. *eod. l. pater* 71. *de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata, sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l.* 5. *in princ.* & §. 1. *l.* 6. *de jur. dot. leg.* 21. *solut. matr. l.* 5. *Cod. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque moriens ad hæredes ejus transmittitur, *dict. leg. unic.* §. 4. & 6. Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiafamil. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *dict. leg. unic.* §. *accedit*, 13. Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *dict. leg. unic.* §. & hoc. 14. Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior: hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transfudit in actionem dotis ex stipulatu, *dict. leg. unic. de rei uxor. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti judicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in princ.* §. 1. & 2. *d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis) Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si* 23. *de solut. matrim.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top.* & *leg.* 3. *de offic.* cap. 17. discimus, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum æquius melius*. Cujus etiam vestigia existunt in *leg. pen.* §. *ult. solut. matr. leg. si cum* 82. *de solut.*

(2) *Pleniorem esse ex stipulatu*) Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi a marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un* §. 3. *C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei* 15. §. 1. *solut. matrim.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un.* §. *taceat* 1. At hæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un.* §. *maneat* 4. & §. *illo* 6. Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cum in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un.* §. *cum autem.* 7.

(3) *Tacitam ei dedimus hypothecam*) Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Justinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un* §. 1. & tandem ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis

vis tempore prioribus sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. Cod. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov.* 98. *c.* 3. & 4. ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quemodo & Doctores ultramontani constitutionem Just. interpretati sunt, & noviss. An. Mer. 2. *controvers.* 9. Sed quoniam hoc privilegium aperte iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima intrepretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceant, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita comm. DD. in *d. l. ult. Cod. qui pot. in pign. & ad hunc* §. ut videre est apud Jas. Gomez. *hic* Neguss. *de pign. part.* 5. *membr.* 1. *num.* 23. Covarr. 1. *res.* 7. *num.* 1. Et secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib. Schn. *n.* 57. Anton. Fab. *Codice suo qui pot. in pig. def.* 16. Christin. *vol.* 4. *decis.* 159. *num.* 8. Gail. 2. *observ.* 25. *num.* 10 ubi diserte ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quamquam contrarium judicium Cameræ affert Mynf. 4. *observ.* 13. Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, disces ex Neostad. *de pact. antenupt. observ.* 9. 10. 11. Grot. 1. *introd. cap.* 5. & 2. *intr. d. cap.* 12. Antwerpiæ jus civile, & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius providentia) His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit, *d. l. un.* §. *illo 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eamdem prærogativam, quam matri dedit, servari jubet, tanquam si mater adhuc viveret, *d. leg. ult. vers. exceptis, C. qui potior. in pign. & Nov.* 91. Itaque recte DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. in *l.* 50. *Tauri*. Christin. *vol.* 4. *decis.* 160. *num.* 15. concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diss. Anton. Fab. 8. *confer.* 13. cui occurritur a Bachov. *lib.* 4. *disput. c.* 25. *n.* 2. 2.

T E X T U S.

De potestate judicis in judicio bonæ fidei, & de compensationibus.

30. ***In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti** videtur judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in strictis juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque: excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus; ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.*

N O T Æ.

30 *Libera potestas permitti judici*) Hinc est, quod bon. fid. judicia passim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *leg.* 24. *depos. leg.* 43. *l. ultim. famil. erc. leg.* 15. *l.* 17. *Cod. eod. l.* 18. *comm. div. l.* 38. *prosc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

In reliquum debeat condemnari) Aut si nihil reliquum, absolvi, *l.* 4. *l.* 11. *Cod. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *ff. eod.* Unde Græcis ἀντέλλογος dicitur.

Opposita doli mali exceptione) Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero judiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem proprie dictam.

Nostra constitutio) Extat in *l. ult. C. de compens.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa Compensatio?*
2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitatis? & quid si quis compensatione usus non fuerit?*
3 *Rerum consumptibilium dumtaxat compensationem esse.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illas olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio a judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem proprie dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat, id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensato in reliquum) Hæc effectum compensationis indicant, nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *Cod. d. compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil supersit utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit quod reus debeat, in id solum quod reliquum est condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l.* 4. *Cod. eod.*

Opposita doli mali exceptione) Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ

fidei

fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio industriebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem proprie dictam; quod quale sit, postea audiemus.

(1) *Quæ aperto jure nituntur*) Id est, quæ ex causa liquida abjiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. Cacheran. *decis. Pedemon.* 139. *num.* 13. Menoch. *arb. cent.* 1. *cas.* 14. ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti Justinianus noluit, sed cum alii judicio rem reservari jubet, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus sit, permittatur, confugere ad defensionem compensationis ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *dict. l. ult.* Vide tamen Christin. *vol.* 1. *decis.* 231. *vol.* 3. *decis.* 38. Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene Don. *hic* Zanger. *part.* 3. *de exc. cap.* 8. *numer.* 104. quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur, adde quæ nos *libro* 1. *select. quæst. cap.* 50.

(2) *Actiones ipso jure minuant*) Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis; nam cum judex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, a reo utique hoc allegandum est, petendumque, ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati, *leg.* 2. *Cod. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *tot. titul. de except.* Sed ita opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retrorsus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, eo quo utrinque deberi cœpit, *leg.* 5. *Cod. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussiones, pignora, usuræ, *l.* 4. *ff. ad leg.* 4. *invicem* 12. *Cod. eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstatur, *l. cum alter* 11. *eod.* Quæcumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l.* 2. *l.* 5. *cod.* sin minus salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiisse videtur. Unde judicatum est interim etiam actionem a creditore alii cedi posse eo effectu, ut quæ credenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti, & actione utili suo non inexperienti, Christin. *volum.* 1. *decis.* 252. Anton. Fab. *Cod. suo de compens. defin.* 3. *tac. l.* 4. §. 28. 29. & 31. *leg.* 5. §. *pen. de dol. mal. except.* add. eund. Ant. Fab. 12. *Conject.* 9.

(3) *Sive rem, sive in personam*) Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & aperte ostendit *dict. leg.* 4. *Cod. de Compens.* tac. *tot. tit. leg.* 18. *de pign. act. leg.* 22. *de compensat.* alias invitus, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra *leg.* 16. *Cod. de jur. delib. leg.* 5. *Cod. de oblig. & act.* Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere; quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, *dict. leg.* 4. *Cod. de comp.* junct. *leg.* 2. §. *de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate, seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie; & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationis locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta, æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu revocatione, ut nunc loquuntur, *l.* 4. *cum auth. sec. C. de usur. & interlec* eoque pertinet *l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo recte probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinabimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehensa sunt *leg.* 3. *Cod. de compens. l. aufertur*, 46. §. *ut debitoribus*, 5. *de jur. fisc. l. ob negotium*, 20. *ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione, Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ sane species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusat: sed hoc non obstat, quominus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, Don. *hic num.* 10.

TEXTUS.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes appellamus: in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. In rem;*

tales

veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & ceteris similibus permittitur judici, ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

NOTÆ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*) Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, *leg. 14. §. quod met. caus. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

Vel ex noxali causa) Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo, Don. *n.* 12.

Quod certo loco) Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam ceteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria: ideo sic appellatur, qui arbitrio judicis æstimando permittitur, quanti litigatorum intersit, potius solvi loco constituto, *l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus petitur, inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum a superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria &c.*
3 *Ceterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In eo quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *[illegible] inter arbitrarias numerentur? saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vindicationem & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quasdam arbitrarias hic non nominatas.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

Interpretes vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum a bonæ fidei, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum e duobus illis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde superiore divisione, quæ [illegible] §. *actionum autem sup.* contineri. Perez. & [illegible]. 1 Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane sejunctum a superioribus: ut quæ sint hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait, *præterea esse quasdam actiones quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet, quam præter superiores, ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris, esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscure Ulpianus in *leg. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejunxit. Nam cum initio dixerit, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam: *Plane interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum.* Aperte declarans actiones in rem & ad exhibendum, quas a bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse: sunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in *leg. 3. §. 1. de usur.* ubi ita scribit, *in his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc judicia plane diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quam ad actiones stricti juris? nam in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. hujus §.* & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *leg. 5. de lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est; & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem retribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est, præter quam in actione de eo quod certo loco, quæ a ceteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

2 *Ex arbitrio judicis pendentes*) Actiones arbitrariæ sunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oporteat, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera, iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in his tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sit data, ut certo loco redderetur, *leg. 1. leg. 5. & leg. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum intersit in stituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei intersit, minuatur. si actoris, augeatur condemnatio, *leg. 1. princ. & §. ult. l. 3. ff. leg. unic. Cod. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex arbitratu tuo condemna.* Hujus generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarias facit. Ceteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diversam na-

turam

rurum & rationem nominis habeat. (3) Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem, vel absolutionem, judex tam quam arbiter honorarius interloquitur, jubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur: & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione, quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussu judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *leg. item si*, 14. §. 1. *& deinceps*, *quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *leg. ejus rei*, 46. *cum l. seq. de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussus exhibere non exhibeat, *l.* 3. §. *ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cicer. 4. *in Verr.* discimus; *Si paret, rem, qua de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, judex condemna*. Condemna scilicet in aliud; & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit, una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva, litium terminus absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. (4) Atque ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur: puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casum contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *leg. qui restituere*, 68. *de rei vind.* extraordinarium est, *arg. leg. finita*, 15. §. *ubi autem*, 23. *de damn. inf. leg.* 1. §. 2. *si ventr. non mul. in possess.* quamquam moribus nostris convenit, quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium procedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *artic.* 172. *instr. Cur. Holland.* Merull. *lib.* 4. *dist.* 5. *sect.* 5. *tit.* 7. *c.* 1. (5) In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jusso judicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipse pronunciandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l.* 4. §. 1. *de eo quod cert. loc.* Interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnetur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum ut actor remittatur ad locum constitutum. Ant. Fab. *decis.* 90. *err.* 2. Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusum proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat) Ita hic loquitur quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quod in iis judex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere; quod tamen quarumdam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias: quæ sunt de eo quod certo loco, ut superius, demonstratum est.

(6) *Vel ex noxali causa*) Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat, *infr. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse: quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco, neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris; sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat; nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in necem, aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res se habet, (quicquid in contrarium disputet Ant. Faber *decis.* 92. *art.* 5. & 7.) Interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quæ ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxa, lis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjecto, cujus adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino ditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *leg.* 1. *de noxal. action.* Et cum igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si dominus his non aliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat; at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa, & actio de dolo sint arbitrariæ, cum adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine servi noxaliter: quod fieri posse constat, *leg. quod diximus*, 16. *quod met. caus. l.* 9. §. *penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habet jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duaren. *de in lit. jur. num.* 47. D. Donell. *hic num.* 12.

Veluti Publiciana, Serviana) Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu

seu hypothecariam, quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *leg. si fundus*, 16. §. *de pignor.* An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis, sive rei vindicatio: quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta, ea, quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio, *leg. ejus rei*, 46. *cum leg. seq. de rei vind. dic. leg.* 5. & *l.* 8. *de in lit. jur. leg. ult. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur, juxta *leg. qui restituere*, 68. *de rei vind.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo res dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurijurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud sit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sint aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria, omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eumdemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *dict. leg. qui restituere*, 68. Itaque male nonnulli hinc removent ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem arbitrariæ, excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, a qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo) Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Ulpian. scribit in *leg. item si*, 14. §. *hæc autem actio*, 4. *quod met. caus.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *leg. arbitrio*, 18. *de dol.*

Quod certo loco) Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum a cæteris distet, superius expositum est.

Ad exhibendum) Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque hic idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibeat, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l.* 3. §. 2. *ad exhib. l.* 2. §. 1. *l.* 4. *in princ. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et ceteris similibus) His verbis significat, non solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas Prætorias, Publicianam, & hypothecariam, sed admonet particula veluti, ut intelligeremus, præter eas quas nominavit, & alias ex eodem genere arbitrarias esse, non tamen tales esse etiam omnes, quotquot sunt in rem sive civiles sint, sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum *leg.* 8. §. 1 *de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Faviana, *leg.* 5. §. *quod in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. leg.* 8. *l.* 10. §. & *fructus*, 20. *quæ in fraudem cred.* Anton Faber. *decis.* 93. *err.* 5. & 6. Actio ex edicto de publicianis, *leg.* 1. *in princ. l.* 5. *de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quoque, quæ sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pignoratitia, eodem modo quo in arbitrariis res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actori lis æstimetur, *leg.* 3. §. 2. 2. *commod. l.* 1. §. *in depositi*, 26. *depos. leg.* 5 *l.* 8. *de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent: quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est, Costal. in *leg.* 7. *de eo quod certo loco.* Inter arbitrarias perperam Pacius *in not.* & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *leg.* 1. §. 3. *de act. empt.* ubi diserte Jurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

T E X T U S.

Quinta divisio de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.*

N O T Æ.

32. *Quantum possibile ei sit*) Interdum enim natura rei id non patitur, veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate) Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta §, *ultim. supr. de verb. obl. l.* 68. *eod. l.* 24. *de reg. jur.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur placeat, sententiam sine certa re aut quantitate prolata non valere?*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda?*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

(1) PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei, aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *leg.* 1. *de re judic.* Etsi autem hoc semper fit, cum reus absolvitur, non fit tamen semper, cum condemnatur, nisi condemnatur, in certam rem aut quantitatem,

titatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. 2) Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumcumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, hujusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censeri, *leg. pen. & ultim. Cod. de sentent. quæ sine cert. quant.* Donell. *num. 2, & seq.* Schneid. *n. 22.* Mynsing. *n. 3.* & communiter DD. *hic*. Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit: sed etiam eo, quod se ferat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat: *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in judicio essent prolati, *l. 5. §. 2.* & ibi DD. *in l. sententiis, 59. §. 2. de re judic. l. pen. C. de sent. quæ sint cert. quantit.* Christ. *vol. 4. decis. 94. n. 10.* Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expresse retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt text. *in l. quid tamen, 21. §. 3. de rec. arb.* Sin vero id ex actis probatoriis non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, judicem se eo referre voluisse: vid. *Zas.* in *leg. 5. §. 1. de judic.* Mynsing. *hic n. 12.* Schneid. *n. 24.* Marhesilan. *sing. 141.* & qui omnium accuratissime distinguit Petr. Barbos. *ad tit. ff. solut. matrim. part. 5. rubr. n. 47.* Est ergo notandum, unquam sententiam a libello recipere interpretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio.

Quantum possibile sit) Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, §. *seq. vers. hinc autem & seq.* non potest judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maxime quando super accessionibus puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. Christin. *d. t. decis. 94. num. 11.* vid. plane 30. Joann. Faber. *hic num. 12. & seqq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declaranda sunt juxta *leg. 2. Cod. de judic.* Christin. *de loco num. 26.* certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat post Joann. Fab. Plat. docet Schneid. *hic n. 4. & n. 30.* Excipit Accursius & judicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est a lege *l. 6. §. 1. de re jud.* quod ipse alibi agnoscit, §. *intr. de offic. judic.*

Etiam si de incerta quantitate) Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis, 13. §. 1. de re jud. l. si pœnam, 68. l. stipulationes, 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* 4) Hoc igitur vult Justinianus, etsi id quod interest, petatur, cujus quantitas incerta est, *d. l. si pœnam, 68. de verb. obl. l. quatenus, 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam, ut judex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. unic. Cod. de sent. quæ pro eo quod int.* Nec metuendum, nec hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est: contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scite a veteribus dictum est, eum qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere, *l. adeo, 7. §. cum quis, 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cum certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat ita Dom. *hic n. 5.* Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, Mynsing. *hic n. 4.* Porro & alias quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat: nec facile in integrum restituebatur a Prætore, nisi minor erat 26. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majores 25. annis succurrebatur: veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint: quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit:* Ephesi dare spondes? *Romæ pure intendat, sibi dare oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi*

si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset si illo loco solveret, quo se soluturum spoponderat. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur: veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam Prætor demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita a te stipuletur, Hominem Stichum, aut decem aureos dari spondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat; aut generaliter, purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem olim in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit, ei, contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicut supra diximus, punitur.*

NOTÆ.

33. *Vel ante conditionem*) Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *leg. unic. in fin. quand. div. usufr. l. 36. de solut.*

Arbitraria esse actio proponitur) Quæ quam ob causam introducta sit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loc.*

Ratio utilitatis, quæ promissor.) Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

Quia utilitas solvendi salva promissori) Id est ratio utilitatis, quæ promissori competitura fuisset: si alio loco solveret, non habetur. nam cum eo loco convenitur, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

Specialiter Tyriam) Quæ nobilior erat. Strabo *lib. 16.* Plin. *l. 5. cap. 19. & l. 2. cap. 3.* Eustath. *ad Odyss. 15.*

COMMENTARIUS.

1. *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*
2. *Pœna a Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt, a Justiniano in eos, qui alio modo.*
3. *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur?*

SUperius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat) Ut discernerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur petierat, graviter mulctari, remque totam amittere, ut passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex *oratione pro Q. Roscio Comœdo*, fac. *l. 1. de int. mi. l. si pater, 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria act. 3. scen. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petat.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone 1. *de Orat. cap. 36.* Sveton. *in Claud. c. 14.* Senec. *epist. 48.* Quintil. *l. 3. Inst. orat. c. 6.* dicimus.

Nec facile integrum restituebatur) Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo a Prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Svetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent. VINN. Immo & Prætorem id aliquando fecisse, discimus ex Senec. *Epist.* 84. ubi eleganti allusione & Philosophiam adversus captiones Sophistarum in integrum restituere ait. Locum ipsum habes paulo post ad verba. *Etiam majoris*. HEIN.

Nisi minor erat viginti quinque annis) Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, Prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim de minoribus.*

Etiam majori) Ex illa parte edicti de majoribus restituendis. *Item si quæ alia mihi causa justa esse videbitur, in integrum restituam, leg. 1. in fin. ex quib. caus. maj.* Justi erroris, & quid ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie: Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac, Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & qui ignosci oporteat; propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *leg. ultim. pro suo.* Alludit huc Seneca *Epist.* 48. *Quid enim aliud agitis*, inquit, *cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed*

quemadmodum illud Prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur) Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotomann.

Plus autem quatuor modis) Pœnis plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, se etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus 1. *sentent.* 10. *Causa cadimus*, inquit, *aut loco*, *aut summa*, *aut tempore*, *aut qualitate. Loco, si alibi; summa, si plus, quam damus, petimus; tempore, petendo ante tempus; qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis hoc loco explicantur a Justiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.) Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quam quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem) Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur: ut hic subsit debitum quod peti possit, & præmature petendo amitti; §. 2. *de verb. obl. l. cedere*, 213. *de verb. signif.* junct. §. *temporales*, 10. *infr. de except.* (1) Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. *sub conditione*, 4. *supr. de verb. oblig. dict. leg. cedere*, 213. *de verb. signif. l.* 8. *de peric. & commod. rei vend.* quomodo dici potest, plus debito petere qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita se habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in judicium eam deduxisset, *dict.* §. *temporales*, 10. *infr. de except.* At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in judicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit, ante diem, sed nihil agere *leg. unic. in fin. quand. dies usufruct. leg. ced.* & diserte nihil consumere, *leg. 6. pater*, 36. *de solut.* An igitur putamus hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus eum per conditionem intellexisse, non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an exstitura sit, incertum est, & qua proinde pendente debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo exstituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendere quoque ea debetur, *leg. nam si*, 17. *cum leg. seq. de cond. ind. leg.* 9. §. 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *quæ modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius) Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur; nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui solvit celerius, plus solvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur. *Bis dat, qui cito dat*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur) Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spopondit.

Romæ pure intendat sibi dari) Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, ut intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ a regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio) Alio loco: quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distingueretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est in eam rem actionem utilem sibi arbitrariam comparare, *leg.* 1. *de eo quod cert. loc.* Hic ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione convenire, sit accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *leg. hæres absens*, 19. §. 1. *& deinceps de jud. l. contraxisse*, 21. *de oblig. & action.* Costal. *ad leg.* 1. *de eo quod cert. loc.* Perez. *in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus) Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maxime vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l.* 3. *de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit) Verbum *causa* variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum, seu qualitatem obligationis, *l. obligationum*, 44. *in pr.* & §. 3. *de oblig. & action.* Paul. 1. *sent.* 10. Qui autem causa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos) Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ, quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est) In disjunctivis obligationibus, id est: cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, *leg. plerumque*, 10. *in fin. de jure dot.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *leg. ubi autem*, 75. §. *qui illud*, 8. *de verb. oblig.*

Generaliter hominem stipulatus) Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is*, 22. *in fin. de cond. ind. l. fidejussorem*, 52. *mand. l. ex pluribus*, 106. *de verb. oblig.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex genere speciem petit, quia is plus petere dicitur, qui pluribus disjunctim promissis unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat) Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cum tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum eo, quod optimum est, adducant, *l. stipulationum*, 74. & *seg. seq.* §. 2. *de verb. obl.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant, qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum*, *Massicum*, *Falernum*, *Formianum*, *Calenum*. De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib.* 1. *cap.* 16. ita scribit, *Omnium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nihil mollius cælo; bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur. Et post: Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem fere ora Campaniæ habet Plinius *lib.* 3. *cap.* 5. unde videtur Florus sua decerpsisse.

Tyriam) Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib.* 16. add. Plin. *lib.* 5. *cap.* 10. *lib.* 21. *cap.* 28. Punicum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyrus autem rubeum, auctore Vitruvio *lib.* 7. *cap.* 17.

Loci majorum sit) In pluris petitione ratione causæ plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea) Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta a Zenone, in eos, qui alio modo, a Justiniano. Quid a Zenone cautum fuerit, exponitur *infr. de except.* §. *tempore*, [illegible] nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non [illegible] actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa [illegible]. Epitomem ejus ex Basilicis exstat Cujac. [illegible] 21. Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam [illegible] ait, ut si quid ex pluribus petitionibus damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani [illegible] hæc constitutio intercidit, & ideo [illegible] in nostis inserta reliquantur. Refert se hic ad §. tripli, 24. *supr. h. t.* ubi nominatim agit de eo, qui [illegible] debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut [illegible] majores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur [illegible] pœnam tripli, etiam extra causam doli, [illegible] pœnam [illegible] eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. (3) In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque Regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate aut summa plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas, idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat, actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars injuste possessa non offeratur, impensæ, quasi in mutua victoria, compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tunc debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum*, 13. §. *sive autem*, 6. *C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. Rebuff. *ad const. Reg. proœm. tom.* 1. *n.* 53. Imbert. *lib.* 2. *Instit. forens. cap.* 151. Papon. *lib.* 8. *tit.* 1. *arrest.* 2. & 3. Anton. Fab. *C. suo de plus pet. in fin. unic.* Tuld. & Perez. *Cod. eod.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 57. ubi plures alleg. add. Covarruv. *lib.* 1. *var. resol. cap.* 2. *n.* 5. Menoch. *de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. ubi late tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

De minoris summæ petitione.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderet: aut si cum totius fundi jus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

Minus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum nempe re petitur, ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest, ut superius diximus: videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem posse. Sane si plus petit, qui ante tempus petit; plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, sin minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur; & id ipsum non numquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat) Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi vere debetur: & quia minus petendo nul-

do nulla [illegible] reo injuria, ita [illegible] quoque hujus petitionis pœna est: licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio) Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis) Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, Potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prolata est a Cujacio *lib.* 12. *observ.* quæ novis in editionibus est, *leg.* 1. *Cod. de plus petit*. Constitutionem ipsam non habemus.

T E X T U S.

Si aliud pro alio petatur.

34. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur: veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit quod ex stipulatu debetur.*

N O T Æ.

35. *In eodem judicio*) His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eumdem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: proprie enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit emendare actionem, quid mutare?*
2 *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat?*
3 *Praxis horum temporum.*

SI *quis aliud pro alio petat*) Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item judicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu; quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest, quod Theophilus scribit etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus Justinianum plus sensisse, quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere) Potest igitur actio semel edicta postea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba, *Edicta actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas*, *l.* 3. *C. de edend.* (1) Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum ipsa [illegible] institutur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. Perez. *C. de edend. n.* 7. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui mentio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum cederet, an contendere malit, *l.* 1. *de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversariis fiat: ideoque qui temere adversarium suum in jus vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. cum quæ* 79. *de judic.* Don. *in d. l.* 3. *C. de edend. n.* 3. *& seqq.* D. Perez. *d. loc.* [illegible] quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per *l. fidejussor,* 32. *de neg. gest. l. locum videatur* 57. §. 1. *de cond. ind. d. l.* 4. §. *ult. de nox. act. l. cum fundum* 18. §. 1. *unde vi*. Eaque haud dubie est etiam sententia Imperatorum in *l.* 3. *C. de edend.* & Justiniani *hic*. Cæterum jure veteri eo casu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non potest* 22. *de jud. l. ut fundus* 1. *com. div.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hic diserte cautum est. Don. *ubi sup. n.* 17. Perez *de loc. n.* 7. quamquam existimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quam negotii apud eumdem judicem sine nova in jus vocatione continuatione: ut in hoc saltem novum jus distat ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & Prætor in integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sane non video, quomodo alioqui recte defendi possit, idem judicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo concessas, ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius *hic*. (3) Interpretum in *l.* 3. *C. de edend. l. & in hunc* §. communis sententia est, libellum quidem emendari posse usque ad sententiam definitivam, mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam, atque adeo ne partim quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantialis judicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur Gail. 1. *obser.* 74. *n.* 4. *& seqq.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 5. *&* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 88. *n.* 11. quamquam de fori nostri usu contrario testetur Groenevv. *de leg. abrog. hic*. Plane si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet: sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum. Merul. *d. cap.* 6. Christ. *vol.* 2. *dec.* 104. add. Groenevv. *d. loc.* *& ad tit. Cod. de error. advocat.*

TEXTUS.

Divisio sexta. De peculio.

36. Sunt praeterea quaedam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

COMMENTARIUS.

REdit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *curare* 32. *sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, demonstrat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quo minus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur *hoc* §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur, §§. *seqq.* & *ultim.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem*, & §. *pen. eod.*

Si in peculium filii servive. De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones* 10. *supra eod.* Hac actione non semper solidum consequimur; quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnetur: si vero minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *d.* §. *actiones* 10. & §. *præterea* 4. *tit. seq.* Quid in peculio servi nihil habentis, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. Item si de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito retentio concessa est: quia ipso jure necessariis sumtibus dos minuitur; sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.

NOTÆ.

37. [illegible] Facere posse civili ratione [illegible] potest honeste, [illegible] l. 29. [illegible] l. 6. [illegible] rei jud. specta- [illegible]

Ob impensas. Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l.* 1. *cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas dumtaxat, *l. unic.* §. 5. *C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosco ex *l.* 5. *de imp. in res dot. l.* 56. §. *ult. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium competentiæ quibus & quas ob causas detur?*
2 *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur?*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi a Justiniano?*
4 *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis?*

(1) SUnt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis conventio, §. *seq. in fin.* Ob personam rei variæ ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, socii, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in temp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l.* 6. *l. item militem* 18. *de re jud.* Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l.* 2. *quod cum eo qui in al. pot. l.* & *exhæredatum* 49. *de rei jud.*

Si de dote mulier agat. Eleganter Thod. Hermop. ad *l.* 73. *de reg. jur.* Αἰδεῖται ὁ νόμος τῇ ταρρησίᾳ δεῖ αὐ τῇ ... ἔχει, ... *Puduit legislatorem ei, quæ heri unaque fuisset tertius consors omnis vitæ fuit, facultatem dari spoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxoris adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l. patronus* 17. *l. non tantum* 20. *cum l. seq. de jud. l. rei judicare* 15. *in fin.* & *l. seq. solut. matr.* Ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis a genero conveniatur, *leg. ex diverso soluto matrim.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut*, 21. *l. g. seq. de re jud.* Quod autem, si dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus, *d. l. non tantum* 20. *de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio* 55. *de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. *Groenew. ad jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem. Diximus, mutuam creditoris, ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne res in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem proprie dictam, cum quantitates utrinque debitæ compensantur, de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundum aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos, ob impensas in rem dotalem factas, non modo ne-

necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. 1. §. tacent 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognoscere ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui 56. §. ult. de jur. dot.* Extra causam dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis: si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberavit, *l. 1. quib. mod. pign. solv.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. temp.* (4) Item si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam; vid. *leg. in fundo 38. l. sumptus 48. de rei vind. l. si aurea 33. de cond. ind. §. ex diverso 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. divis.* Materiam retentionis distincte tractat Joann. Fab. in *d. l. un. C. etiam ob chir. pec.* & Cujac. in *l. in rebus 18. §. possunt 2. commod.* add. Papon. *lib. 6. art. 4. art. 21.* Rebuff. ad *l. non potest 117. de verb. sign.*

TEXTUS.

De actione adversus parentem, patronum, socium, & donatorem.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actione consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.*

NOTÆ.

38. *Socius cum socio*) *D. l. 6.* Quia socii inter se quodammodo fratres: *l. 63. pro soc.* ὡσὰν γὰρ εἰσὶ κατὰ ἀδελφοί, Theod. Hermonopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

CUM *parente suo patronove*) *L. sunt quidam, 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent; ac proinde & matri itidem concedendum. *Gutier. 2. pract. qu. 18. n. 2.* Patrono datur ob talem reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos a parente, ultra quam facere queant, conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est: *l. patronus, 17. de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam supra vidimus, quia scilicet liberto loco parentis erat. Vid. *supra tit. de success. lib. ult.* & add. Lactant. *Inst. Div. IE. 3.* HEIN.

Item si socius cum socio judicio societatis) Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi *d. l. sunt quidam, 16.* Nam omnium bonorum socio, cum convenitur judicio societatis, *leg. verum, 63. in princ. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio ob quam placet sociis hoc privilegio frui, nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si sociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo veris fratribus idem concedendum, cum etiam fratri inopi alimenta debeantur. Tiraquell. d. l. 11. Christin. *vol. de n. 143. n. 2.* D. Tul. *comm. h. t. c. 19.* Plane non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si confiteatur, se socium esse. Negans enim se socium, placet, in solidum condemnari, *l. si unus, 67. in fin. pro soc. l. sed hoc, 22. §. 1. de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique in solidum condemnantur, Gothof. *in l. 17. de re jud.* Groenew. *del abrog. hic.*

Ex donatione) Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum, quod facere potest, condemnatur, *l. Divus, 28. de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. interdum 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori succurrere debemus, quam qui verum debitum solvere compellitur, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. si exhaeredatur, 49. cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag. 1. consil. 269.* quamvis in Gallia nec hoc observetur. Bugn. *de leg. abrog. lib. 1. Satyr. 12.*

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oporteat, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est, cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrinque debentur: ut ostendimus ad §. *in bonæ, 30. sup. eod.*

Compensationes oppositæ) Etsi compensatio ipso jure actiones minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda est, ut judex sciat, esse, quod vicissim debeatur, ejusque in condemnatione rationem habeat: Hæc vero allegatio proprie exceptio non est, sed nulla defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad *d. §. in bonæ, 30.*

Plerumque) Hæc particula forte adjecta est, propter causam depositi, vectigalium, tributorum, &c. in quibus compensationi non est locus, *l. 3. & leg. ult. Cod. de compens.* Fortassis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compensatio admissa, quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii judicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d. §. in bonæ, 30. l. ult. de compens.*

Ex eadem causa) Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam quod ex diversa causa debetur, compensandi posse constat, *passim tit. ff. & Cod. de compens.* Paul. *2. sent. 2.*

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit: si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum ha-*

habetur, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit.* Ex Ulpiano, *l. 4. de cess. bon.*

Non modicum emolumentum.] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, *l. 6. l. 7. eod.*

Ex integro.] Id est, ἐξ ἀρχῆς, de integro, rursus, denuo, non ἐξ ὁλοκλήρου, in solidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit facere posse, & quibus hoc reo tribuatur?*
2 *Quibus rebus deductis id æstimetur?*
3 *Quale sit hoc beneficium, personæ, an rei cohærens?*

1 HIC iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, solidum quod debet, solvere compellitur: si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione pœnam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo, 51. de re jud. l. rerum, 63. §. hoc* [illegible] *7.* [illegible] add. Gomez. *2. resol. 11. n. 5. & ad leg. Taur. 79. n. 2.* [illegible] Stracch. *de merc. tit. de decoctor. p. 3. n. 9.* Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum quantum facere potest, damnetur, *l. 4. l. 6. & 6. de cess. bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis late disputare non est hujus loci: videndi [illegible] *36.* eo pertinentes, Schneid. *hic* Dam- [illegible] *& aliquot seq.* Afflict. *dec. 345. & seq.* Thesaur. *dec. 36. & 182.* Christ. *vol. 4. decis. 113.* ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem [illegible] fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione is dicitur, qui de suo præstare potest honeste, deductis videlicet prius, quod sibi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos, 19. in fin. l. cum ex causa, 30. de re jud. l. 6. de cess.* [illegible] *l. in condemnatione, 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. solut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant; sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in deducendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum honestiori cibo [illegible] vesci, quam rusticum oporteat, & aliis [illegible], quam [illegible] cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitate, cap. 20. n. 145. & seq.* Coler. *de process. q. 2. c. 3. n. 115. & seqq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum [illegible] conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire, nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Christ. *vol. 4. dec. 113. n. 15.* & ibi allegat. Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatione æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, *l. sunt qui, 16. l. inter eos, 19. in princ. & §. 1. l. & exhæredatum, 49. de re jud. l. 12. de donat.* (2) Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejusdem conditionis omnis debetur, *d. l. int. eos, 19.* ubi vid. Don. Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem, egere convenit. Zas. *ad l. 12. & seqq. solut. matr. n. 20.* Coler. *p. 2. c. 3. n. 121.* D. Tuld. *comm. in hunc tit. c. 19.* (3) Beneficium hoc personale est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & sup. l. etiam filius, 18. solut. matrim. l. 14. & seq. de re jud.* add. Pet. Fabr. *ad l. Divus, 25. de reg. jur.* Gomez. *in l. Tauri, 50. & tres seqq. n. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit: quippe cum fidejussor totum quod præstitit a reo principali repetere possit, *l. 3. si fidejus. 23. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejussorem tacite exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, *§. ult. inf. de replic.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, tamen quod creditor a reo consequi non potuit, recte exiget a fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione cognatio perimitur, *l. ult. C. de fidejuss.* Don. *ad tit. leg. 34. de re jud.* Bachov. *hic*, fuse Hering. *fidejuss. cap. 27. part. 4. n. 10. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *l. alia causa, 14. solut. matrim. l. verum, 63. §. 1. pro soc. l. minor. 51. § 1. de proc.*

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. Tit. 5. Cod. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, & summa tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in potestate habet,

§. actio-

§. actiones, 10. tit. praeced. Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus Prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

T E X T U S.

Scopus & nexus.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, quæ in peculium filiorum, servorumve agitur, opus est, ut de hac actione & de ceteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem fere jura servantur, ut verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

C O M M E N T A R I U S.

SUperius mentionem habuimus) §. actiones, 10. præc. tit. ubi obiter egit de actione de peculio: quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Fere eadem jura servantur) Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis*, 6. *sup. de inut. stip. l.* 14. *de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patribusfamil. potest, *l. si filiusfam.* 39. *d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio. Filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea si servus fidejusserit, rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l.* 3. §. *filius fam.* 5. *& seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, a quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad §. *actiones*, 10. *sup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

T E X T U S.

De servis quod jussu.

1. *Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum Prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.*

C O M M E N T A R I U S.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu datur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. Ulpian. *l.* 1. *in princ. quod jussu.* Ait Jurisconsultus *quodammodo*, vere enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: sed alioqui cessaret actio quod jussu, ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *leg. ult. quod jussu*, fac. *l. qui autem*, 14. *cum l. seq. de* [illegible]. Sic ubi pater in contrahendo filio nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *l.* 4. *C. h. t. dict. leg. ult. quod juss.* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *leg. pen. & ult. l.* 3. §. *sed utrum*, 4. *de in rem vers.* Jussum autem domini hic accipere debemus, sive jusserit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *leg.* 1. §. 1. 3. 4. *&* 6. *ff. quod juss.* VINN. *Jussum* autem proprie de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc consensu duorum constitit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo personam constituit, sed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*; curator *consensum* interponere dicitur. Accurate hæc distinguere solebant veteres. Quomodo *jussum* & *auctoritas* differant, docet l. 25. §. 4. *ff. de acquirend. vel omitt. hæred.* in qua nihil esse mutandum, contra virum eximium Jac. Gothofr. *Comm.* 29. *ff. de reg. jur.* alibi ostendimus. Add. *Elem. nostra jur. civ. secundum ord. Inst.* §. 250. * *pag.* 130.

T E X U T S.

De exercitoria & institoria actione.

2. *Eadem ratione Prætor duas alias in solidum actione pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones Prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

NO-

NOTÆ.

1. *Cum quis taberna* [illegible]) Taberna hic [illegible], [illegible] [illegible] *in.* [illegible] Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quamquam* [illegible] *praxi* [illegible] *receptum.*
2 *Si plures exerceant,* [illegible] *in solidum teneri: sed apud nos* [illegible].
3 *Exercitatores* [illegible] *actionem* [illegible] *contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa* [illegible].

SI quid [illegible], quem dominus [illegible] navi [illegible], contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, [illegible] actio [illegible] domino edicto Prætoris [illegible] est, quæ exercitoria appellatur, [illegible] Similiter si quid [illegible] dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit: in domino eo nomine actionem Prætor [illegible], quæ dicitur institoria, [illegible] a præponente, qui exercitor dicitur, [illegible] a præposito seu institore propter [illegible]. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam [illegible] illa quod jussu, nimirum, quia voluntate domini negotium [illegible], ac proinde cum [illegible] contractum intelligitur, [illegible] 20. *de reb. cred.* unde [illegible] utraque proposita est.

Ad quem perveniunt [illegible]) Exercitor dicitur, ad quem [illegible] & reditus navis pervenit, [illegible] dominus navis sit, sive a domino navem per [illegible] conduxerit, [illegible] 1. §. [illegible], 15. *de exerc. act.* Magistrum [illegible] navis accipere debemus, cui [illegible] navis [illegible] est. [illegible] cui ab exercitore, [illegible] 4. *l.* 1. §. 1. [illegible] §. *magistrum,* 5. ubi etiam ratio hujus redditur.

[illegible]

ctiam datur, *d. l.* 1. §. *si is qui,* 10. *de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit, nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l.* 1. §. *parvi autem* 16. *de exerc. d. l.* 7. §. 1. *de inst. l.* 4. *C. ead.* nec sunt contractus [illegible] alieni, sed ipsius mulieris. Græci *in Basil.* 53. [illegible] Enimvero pupillo ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *dict. l.* 1. §. *parvi autem* 16. *l.* 9. *de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio) Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem Prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui proponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l.* 1. *in pr.* §. 2. & 4. *de exerc. act. l.* 1. *de inst. act.* Quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus eum, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiant. Plane cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l.* 6. *C. de ud. l.* 14. *de obl.* & *act.* & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui proposuit & qui præpositus est: habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l.* 1. §. *est autem,* 17. & §. *pen. de exerc. act. l.* 6. §. *ult.* [illegible] *cap. Pal.* Nec obstat. *l. ult. de inst. act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ; ex cujusmodi nuda professione ad fidem mensæ protestandam, *om credit van de tafel te* [illegible]*houden*, mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. Costal. *in d. l. ult. ad l.* 1. §. *est autem,* 17. *de exerc. act.* ubi tamen refert aliquando placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est Christ. *vol.* 3. *dec.* 33. *n.* 9. add. D. [illegible] 26. [illegible] *sup. sen. Holl. vol.* Unde Angelus in *l. eamdem de duobus reis*, ait, quod factores [illegible] literis se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *cons.* 150. Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, singulos in solidum conveniri posse, ne in plures adversarios distringatur is qui cum uno contraxerit, *l.* 1. §. [illegible] *l.* 2. 3. & 4. [illegible] *l.* [illegible], 13. §. *ult.* & *l.* [illegible] *act.* [illegible] apud nos [illegible] est, ut mercatores [illegible] singuli pro portionibus exercitionis tantum conveniri possunt. Grot. *lib.* 3. *c.* 1. & 2. [illegible] *cap.* 11. *n.* 13. Groenew. *de l. abrog. hic.* [illegible] navem [illegible] tabernam exercenti [illegible]

constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt: minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario, 8. de exerc. action. l. 1. de inst. act.* Plane si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate iis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed. ex contrario, 17. l. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habent, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc textu dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem, 7. & seq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen 12. & seq. de inst. act.* Proinde contractibus cum institoribus aliisve officio aliqui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur, 12. de exerc. l. sed si, 11. §. conditio, 5. de inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *leg. qui cum alio, 19. de reg. jur.* Cothm. *in l. 5. §. non tamen, 11. de inst. act.* Quid dicemus, si præpositi mutuas pecunias sumserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est; si non habeant, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si v. gr. navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, proberve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l. 1. §. sed si, 8. in f. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ultim.* & Gloss. & DD. *ibid.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult.* eoque jure etiam hodie, utimur. Christin. *vol. 3. decis. 33. n. 2.* eleganter & practice Joann. Fab. *hic num. 8. & seq.* Fontan. ad Marant. *part. 4. dist. 22.* adde quæ nos ad Pet. Peck. *in titul. rei naut. ad. d. l. ult.* Moribus harum regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur Christin. *vol. 2. decis. 27.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio SCti utitur. Neostad. *obs. rei jud. 18.* add. Sand. *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. 1.* Grot. *1. introd. cap. 5.* Quod autem qui aliquam uxorem ducit, si non omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractu uxoris maritus obligatur, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gud. *lib. 3. cap. 11.*

T E X T U S.

De Tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem Prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita Prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodquid inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & ceteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem Prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

N O T Æ.

3. *Quia ipsi domino distributionem* Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex Prætoris actione, *l. ult. eod.*

Quam oportuerit. Hæc actio dolum malum coercet domini, *l. 8. §. 2. eod.* idest, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum a Prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æquabiliter inter creditores tribuere seu partiri, in qua partitione & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine, sive alia ex causa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc act. 5. & seqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum domini coercet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est a singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. 1. & 2. de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in princ.* add. *l. 1. 1. §. licet autem, 20. l. 6. de exerc. act.*

T E X T U S.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate*

tate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum praestare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus a Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro caeteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante despicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quidquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet: & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

N O T Æ.

5. *Quamvis sine voluntate*) Nam si domini voluntate, potest *jussu agi l. 5. §. 2. de in rem vers.*

Quicquid necessario) Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 1. §. 4. eod.* Locum hunc fuse explicat Ulpianus *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

Licet enim una sit actio) Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantum singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Caeterum actio de in rem verso non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, *l. 1. princ. §. 2. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. infr. eod.*

Duas habet condemnationes) Quando scilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, *arg. l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. infr. eod.*

Ante deducitur, &c.) Naturalia debita spectamus in peculii deductione, *l. 1. §. ult. l. 4. §. 2. & 3. leg. 11. §. 1. de pec. ut* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eodem.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRaeter superiores quatuor, sunt adhuc actiones duae, edicto item Praetoris ex contractibus servorum adversus dominum proditae, quae explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio. quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; haec ob domini voluntatem, uti & praecedentes: quamquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quae hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, *l. 1. §. licet autem, 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de tribut. act.* junct. *l. 1. §. item acquirimus, 5. de acq. poss.*

Et quamvis sine voluntate domini) Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini praecedat: nam, ut saepe alibi diximus, peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittere intelligitur, per *d. l. 1. §. item acquirimus, 5. de acq. poss.* sed respectu actionum praecedentium, quae ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria, & institoria, vel praeter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitatoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem ejus versum) Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. in princ. & §. 1 de in rem vers.*

Quicquid necessario in rem ejus &c.) Ostendit exemplis, quid, quando in rem domini versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit; id omnes citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l. 2. §. 1. l. 5. l. 6. eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l. 5. §. 2. & passim tot. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium: cum in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l. 5. in pr. eod.* Ut ego generaliter dicam toties, de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l. 3. §. 2.* Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l. 3. §. sed si mutua, 4.* Plane impensae honestae & consuetae dominum de in rem verso obligant, *l. 7. §. 3. eod.*

Licet enim una sit actio) (1) Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duae distinctae actiones, sed una tantum, quae habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem duntaxat actionis de peculio inficitiam & exempri iam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem

verso

verso adjici postulet. Hotom. Juning. *hic*. Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. D. Cujac. *hic*. Duaren. *in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestq.e, non tantum cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cum peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est, *l.* 1. §. 1. 14. *l. filiusfam.* 19. *in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc cum simul de peculio competit, § *sed in fin.* & §. *ult. l.* 1. *hoc tit. d. l. in princ.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatum quidem tunc quoque quid in rem domini versum est, sed tamquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur, ut docet *d. l.* 1. §. *ult.* & *d. l.* 19. At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii sit, ut de toto deducatur, quod versus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justin. hic ait, unam esse actionem, qua de peculio; deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur, per *leg.* 9. §. 1. *de trib.* & *seq. hoc tit.*

Ante deducitur quidquid servus domino, &c. debet) Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *leg. si servus*, 17. *in fin. de pecul.* Ita ex contrario, quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit, & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *leg.* 5. §. *ult. leg.* 9. §. 2. & 3. *dict. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius qui debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, *d. l. servus*, 17. Ordinarius vicarii veluti dominus vicarii, vicarius ὑποδοτικὸς Gloss. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concursu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fænebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non est*) In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l.* 1. *de trib. act.*

Ante deducitur quod domino debetur) Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l.* & §. 4. *supr. eod.*

In hac actione totius peculii) In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio deducitur, *l.* 11. *de trib. act.*

Aut fænebri pecunia) Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verso agere debet) Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quam tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

Locus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul, vel successive uti liceat, sed elective, ut liceat una eligere experiundi gratia; una autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l.* 9. §. 1. *de trib. act. l.* 4. §. *ult. hoc tit.* Plane de peculio, deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed

Sed erit plenissimus) Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius facilius suum consequi possit; quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.

COMMENTARIUS.

HOC idem in principio hujus tituli monuit promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *dict. princ.*

TEXTUS.

De Senatusconsulto Macedoniano.

7. Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.

COMMENTARIUS.

1 Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei suæ vis constet? An ei filius renuntiare possit? An in foro animi se ejus auxilio tueri?

FIliusfamilias ex contractu suo & ipse obligatur, *leg. filiusfam. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, §. *ult. 10. sup. de actionibus*, *l. 3. §. filiusfam. 5. & de pecul.* Una tantum causa excipitur, ex qua placeat, nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit; quod effectum est ex Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit) Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita cap. 11. *Auctor*, inquit, *Senatui fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumf. fœneratoribus exigendi crediti jus umquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem.* Tacitus autem lib. 11. *annal.* c. 13. id Claudio tribuere videtur. Is enim ait, eum coercuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent. VINN. Conciliare hos auctores in concordiam reducit Petr. Faber Semest. 1. 25. pag. 142. ubi observat, Vespasianum sub Claudio Cons. fuisse duobus novissimis anni mensibus. Sveton. *Vesp. cap.* 4. Utrumque ergo verum esse potest, Claudio hoc SC. tribuendum esse & Vespasiano: illi tamquam Principi: huic tamquam Consuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum apud Cons. fuisse, patet ex Gall. *Not. Att.* IV. 10. Cui hæc non satisfaciunt, is per me credat, Vespasianum de SCto sub Claudio facto & postea desuetudine inumbrato iterum ad Senatum retulisse. HEIN.

Mutuas pecunias dari) Duo hic notanda. Primum, eum solum contra Senatusconsultum facere qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l. 3. §. is autem, 3. de Senatuscons. Macedon.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l. 7. §. mutui, 3. dict. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7. §. sive autem, 9.* quamvis Senatus præcipue prohibuit filiisfamil. fœnerari, *leg. 1. d. tit. leg. 3. Cod. eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiofamil. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. leg. 7. §. quod dicitur, 31. leg. 5. Cod. eod.* Et in universum cessat Jurisconsultum, si pecunia in rem patris versa, *dict. leg. 7. §. proinde, 12.* aut voluntate patris credita sit, *dict. leg. 7. §. interdum, 11. leg. 12. eod. leg. 2. leg. ult. Cod. eod.*

Qui in potestate parentis) Sine discrimine sexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* nec refert, frugi sit filiusf. an non; magistratus an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat, ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum quia in eo vice patrisfam. fungitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiofam. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult. §. ult. Cod. ad SC. Maced.*

Denegatur actio) Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, *l. 1. de SC. Macedon.* junct. *l. 9. de jurej.* quæ est illa a Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione suæ potestatis esse cœperit) Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. dict. leg. 1. leg. 14. eodem*, non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit) Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dedisset, actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores a datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occasio contrahendi æs alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionibus & mortis paternæ votum impellantur, *dict. leg. 1. & hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensionem Sexti Roscii. D. Tuldenus in *comment. ad hanc titul. cap. ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecu-

niam

niam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum, & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. Wamesius *cent.* 2. *consult.* 99. Tuldenus ad titul. *Cod. ad Senatusc. Maced. num.* 4. respondent, in judicio animæ filiumfam utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covarruv. *ad cap. quamv. ad regul. juris in* 6. *part.* 2. §. 3. *n.* 5. qui quod quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. communiter concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit; putat idem Covarruv. *eod. loc.* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unde Zasius *leg.* 2. *sing. reg. cap.* 28. etiam injuriatam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renuntiatione sua patri præjudicat, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Melchliniensis comprobatam refert Christin. *vol.* 3. *decis.* 35. *n.* 10.

T E X T U S.

De actione directa in patrem vel in dominum.

8. ***Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patrio dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque a patre dominove condici, tamquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.***

C O M M E N T A R I U S.

CUI quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *leg. si institorem*, 29. *de reb. cred. leg. si quis*, 17. §. *ult. de inst. act. leg. ultim. pro soc.* Quod ergo prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam a Prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit *hoc text. & dd. loc.* Hodie obliquæ istæ actiones, sed potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent; quoniam neque servos ullos habemus: neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint, sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit, quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus nostris, notet Christin. *volum.* 3. *decis.* 34. post Bernard. Autumn. *in collat. jure Gallici cum Rom. Cod. hoc tit.*

TITULUS OCTAVUS.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. *Tit.* 4. *Cod. Lib.* 3. *Tit.* 41.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus, nunc igitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant, sed etiam delinquendo. Ex delicti privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum supra ad §. *illud*, 7. *de mand.* Civiliter vero seu pecuniariæ cum solo domino agi potest: & si quidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset; si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur: cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l.* 1. *cum* §. *seqq. hoc tit.* de peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *dict. l.* 1. *leg. ex pœnalibus*, 58. *de reg. jur.*

T E X T U S.

De servis. Summa.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

C O M M E N T A R I U S.

EX *maleficiis*) Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint) Noxales axiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, *leg.* 1. *hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *leg. si quid sit*, 17. §. *noxas*, 18. *de ædil. edict. leg. hæc stipulatis*, 200. *de verb. signif.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut litis æstimationem) Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ dedendi potestatem dominus a lege accipit, *l. 6. §. 2. de re judic.* unde intelligimus, non esse necessarium; ut in judicio noxali aut actor disjunctive petat, aut judex disjunctive sententiam pronunciet; quamvis ita & pronunciare usitatum: §. 1. *inst. de offic. judic.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamus arguere scientiam domini, & male agere.

T E X T U S.

Quid sit noxa & noxia?

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.*

C O M M E N T A R I U S.

NON omnino absre est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa quam noxia pro ipso maleficio usurpatur, *l. 1. t. 2. §. 1. l. si quis, 14. de nox. act. l. quid sit, 17. §. noxas, 18. de ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt, 20. §. item, 5. de hær. pet. l. 6. §. 1. de re judic.* item *noxam dedere, l. 1. in fin. princ. de his qui dejec. §. 1. instr. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v. 45. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* sit genitivi casus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l. 3. §. 2. ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœna noxæ: nam & in noxam, & ad noxam dedere legimus, *l. 1. §. cum arietes, 21. si quadr. paup. fec. l. si in re, 19. §. ult. hoc tit.* Et veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἐκδοτον εἰς κόλασιν*, teste Salmas. *l. 2. mod. usur. 888.*

T E X T U S.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

C O M M E N T A R I U S.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri; ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l. 2. in princ. hoc tit.*

T E X T U S.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio servi sui nomine conventus servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium a domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio Prætoris invito domino manumittetur.*

N O T Æ.

3. *Invito domino manumittetur*) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. *tit. de atroc. injur.*

C O M M E N T A R I U S.

DOminus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit, quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio, 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. si ex nox. caus. agit.* Sed hac distinctione non amplius utimur, *l. unic. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum) Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantumcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio Prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ergo rei hanc esse rationem puto; quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quo ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

T E X T U S.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto Prætoris. Legibus, veluti furti ex lege Aquilia. Edicto Prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

HIC locus confirmat quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti) Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *instr. de perp. & temp. act. circa fin. princ.* Accursius, Contius, Cujac.

T E X T U S.

Qui conveniuntur noxali actione?

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit, quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.*

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri?*

NOxalis actio caput sequitur) Iisdem verbis hæc regula asserta in *leg. qui ex pluribus*, 12. *hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur l. g. ult. eod. leg. 1. Cod. eod. l. non minus*, 21. *in fin. de minor. d. l. 1. §. si apud*, 18. *depos. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur*, 18. *de furt. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat, *eos noxis solutos esse*, *l. 1. §. 1. & pass. de ædil. edict.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

(1) *Si manumissus fuerit*) Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur*, *leg. 1. §. si apud*, 18. *depos. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directe agitur perinde ac si quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. g. quod ab alio*, 15. *de cond. furt. d. l. 4. Cod. an serv. pro suo fact.* At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *leg. 1. l. 2. & 5. Cod. dict. tit.* excepto casu speciali, *leg. 5. Cod. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directe conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant Dom. Hotomannus & Tuning. nam & ex contractibus servi naturali er obligantur, *leg. 14 de oblig. & act.* sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æque ac liberum pœnæ subjiciat quæ etiam ipsi servo irrogatur, dum de coercitione corporali quæritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo qui possit, quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.

Si liber homo) Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis est post facto incipit esse directa, ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de c. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

Si servus domino noxam commiserit, vel contra.

6. *Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes; quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.*

COMMENTARIUS.

QUod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eamque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxam commiserit, secus autem, si domino; nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. Cod. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro fact.* ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si in alienam potestatem) Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam a servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *dict. l. ult. Cod. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur*, 18. *de furt.*

Unde si alienus servus) *Leg. si alienus*, 37. *h. t. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, a quo incipere non potest, a me exposita est ad *§. ex contrario*, 14. *supr. de legat.*

Intercidit actio) Legendum haud dubie *intercidit*, cum Rallardo, Cujacio, & Hotomanno, Theophilus reddidit ἀπαλείφεται, id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphon. *d. l. si alienus*, 37. *hoc tit.*

Licet exierit de potestate) Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus*, 37. *leg. qui res*, 98. *§. aream*, 8. *de solut.*

Si dominus in servum suum) Hoc eamdem rationem habet: quia scilicet ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis quam filius periclitetur? Cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.*

NOTÆ.

7. *In noxam alii dare, ut pene per filii corpus.*) Cujacius ex *libr. veter. dare, ut pene per corpus pater magis, &c.* quomodo & Theophilus legisse videtur.

Pro suis d[…] conveniri) Etiam pecuniarie, *dict. leg.* Quia in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur, *leg.* 3. §. 11. *de pecul.*

COMMENTARIUS.

Apud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *leg.* 33. *& seqq. hoc titul. leg.* 1. §. 7. *de his qui effud. leg.* 5. §. *penult. de oblig. & action.* Paul. 2. *sentent.* 31. Papia. *apud leg. Mosaic. & Roman. pariatorem titul.* 2. Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima tenetur a miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur: cui adjungitur alia favore pudicitiæ, tangens præcipue sexum fœmineum. Tertia dicitur a miseratione patris: quo facit *leg* 8. *in fin. quod metu caus.* Chrysostomus *homil.* 29. *in Genes. cap.* 9. […] &c. *Scilic., sæpe patres optare parum pro liberis sustinere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *leg.* 3. §. *idem scribit*, 11. *de pecul. leg. & si*, 35. *de noxal. action.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus. VINN. Vel potius: quia servos non habemus ejus conditionis, cujus erant servi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis generis semper habuerunt, (vide Tacit. *de mor. German. cap.* 25.) qualesque etiamnum in Westphalia aliisque locis sub nomine hominum propriorum reperiuntur, non sunt res, sed personæ, quamvis glebæ adscriptæ. Et hinc si deliquerint, non dantur noxæ, sed ipsi vel mulctantur, vel castigantur. HEIN.

TITULUS NONUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Et Lib. 9. Tit. 1.

Nexus.

In numero actionum noxalium est & actio de pauperie, nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, noxæ dedit.

TEXTUS.

De actione, si quadrupes ex leg. duodecima Tabularum.

Animalium nomine, quæ ratione careat, si qua lascivia, aut pavore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim Tabularum prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex duodecim Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit a domino, & si nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine injuria facientis datum. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinet actionem.

NOTÆ.

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, *leg.* 7. §. 7. *hoc tit.* […]. Arist. 7. *Eth.* 7.

Ita lex duodecim Tabularum scripta) D. *leg.* 1. *in princ.* Legis etiam Solonis de pauperie meminit Plutarch. in *Solon. pag.* 91. vide & *Levit.* 21. *vers.* 28. *& seqq.* Plut. 11. *de leg.* VINN. Lex illa Solonis est de cane & quadrupedibus ob noxam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ sint *Soloniæ*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paul. *Rec. sentent. l.* 1. *tit.* 15. §. 1. quia ibi mentio fit legis *Pesulaniæ* de cane. Unde vir summus leges Solonias exsculpsit. Vid. *Antiq. Rom. tit.* §. 2. *pag.* 260. HEIN.

Contra naturam moventur) Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l.* 1. §. 4. *& 5. seqq.*

Si genitalis sit feritas) Id est, genuina & naturalis, *dict. l.* 1. §. 10.

COMMENTARIUS.

Animalium nomine) *In rubr. hic & in pr.*, quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex duodecim Tabularum nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ fere bestiæ solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, *leg.* 4. *hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, §. 1. & §. *cap.* 13. *supr. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum quædam sunt cicures mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles; *l.* 1. §. 2. *ad leg. Aquil.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, l. 2. §. *in bestiis*, 20. *hoc tit. dict. l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur. §. 2. *infr. eod.*

Aut pavore) Alias *fervore*. Theophil. […].

Aut feritate) Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio) Id est, ita de pauperie, ut si quidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit: si vero noxæ dedere malit, liberetur, *l.* 1. *eod.*

Quia ita lex duodecim Tabularum scripta) Et ideo ita scripta quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg.* §. 2. *tit. præc.* Sane ex causa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti si sciens vicium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ

Quæ contra naturam moventur) Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque.*

Si genitalis sit feritas) Id est, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Aiunt, Trebatium ex edicto appofuisse, si ea mulier a principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum a feris bestiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in bestiis, 10. hoc tit.*

Denique si ursus fugerit) Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret. Idem est, si fugerit, postquam nocuisset, quia instar servi manumissi est; nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in bestiis, 10. hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§t 1. infr. eodem.*

Quod sensu caret) Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocantem ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, *l. 1. §. tum arietes 11. hoc tit.* vid. Grot. *1. de jur. bell. c. 2. n. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.*

NOTÆ.

1. *Ursum leonem*) Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. tit.*

Et de pauperie) Utilis scilicet, ut supra diximus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni a cane dati directa de pauperie competat? & quædam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. enim 49. §. 1. cum leg. seqq. de ædit. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini) Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod si homo ex ea re deperiit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. quæ vulgo 41.*

Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum, dupli) Ob damnum a fera bestia aut vitioso animali aliter quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo 41.*

Et de pauperie competit) Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato a fera bestia, sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni a cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de lib.* (1) Verisimile autem est, decemviros a legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie, *l. 2. §. 1. h. tit.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est, & simul dum de pauperie prodita lege 12. Tabular. Paul. *1. sentent. 13. l. qui servandarum 14. §. ult. de præsc. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis, Wesemb. *part. hoc tit. n. 6.* Bugnus in *l. 1. §. plane 11. ff. hoc tit.* Grot. tamen, *lib. 3. introd. n. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini; quod & Groenevv. *de leg. abrog. hic* affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus 39. §. ad leg. Aquil.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat. Wesemb. *d. loc.* Baro Tuning. *hic.* Grot. *d. loc.*

Numquam actiones, præsertim pœnales) Hoc idem traditur in *l. pen. de oblig. & act. l. nunquam 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est, adeantur Pet. Fab *ad leg. nemo 43. §. & dict. l. nunquam 130. de reg. jur.* Don. *lib. 21. comm. 3.* Hotom. *illust. quæst. 29.* Tim. Fab. *disp. anniv. 29.* Bachov. *hic*, qui istam materiam ex professo & plene tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommode nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere.

TEXTUS.

Per quos agere liceat?

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujusvis tutela essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.

NOTÆ.

Pro populo) Pro populo agebat actor; syndicus, σύνδικος, quoniam universi agere non possunt.

Pro libertate) Quia servo jus non erat lege agendi quam ob causam adsertor constituebatur. Livius *lib.* 3. *cap.* 44. Assertor est vindex alienæ libertatis. Donat. *in Andr. act.* 2. *scen.* 1.

Pro tutela) Id est, nomine tutorio pro pupillo: quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

Alterius nomine agere non posse) Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l.* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* quam proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei argum. est caput illud in duodecim Tabulis, cujus meminit Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. *Si morbus ævitasve vitium ei sit, qui in jus vocabit, jumentum dato, si nolet, arceramve ne sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo* 123. *de reg. jur.* add. quæ diximus ad §. 1. *nisi* 8. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela) Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam adsertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela) Id est, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia) Pacius in notis marginalibus ait, tunc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Atilio, anno. ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem) Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commode possunt aut honeste, per alios possint vel agere, vel actionem excipere, *l.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus, & ætas, &c.) Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, *l.* 1. §. 2. *de procur.* quo tamen semel recepto, etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit. VINN. enimvero quia non ferebant leges ut actiones legis admitterent procuratorem; JCti excogitarunt modum, quo possent; procuratores salvo illo vetere principio *l.* 123. *ff. de reg. jur.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato constitui, sed litis contestatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, sed pro se ipsis. Plura de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. sec. Ord. Inst.* §. 1246. *seqq.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur?

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, immo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. *Procurator*) Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat; *d. l.* 1. *pr.* & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

Neque certis verbis) *d. l.* 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis, Paul. 1. *sentent.* 3.

Cuicumque permiseris) Dummodo procurator esse non prohibeatur, §. *ult. infr. de except. lib.*

Is tuus procurator intelligitur) Specialiter tamen procurator a reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de procur. & def.* qui sine mandato causam alterius defendit, *id nomine* defensor dicitur, *l.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. *& c. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maxime hodie?*

Procurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum qui administrat forensia & judicialia, sed etiam qui alia quævis extra judicium, *l.* 1. *in pr. &* §. *de procur.* vid. *sup. tit. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque verbis certis, neque præsente adversario) dict. l. 1. §. 1. Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere) Specialiter tamen procurator a reo datus defensor dicitur: quem vero actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem

oppo-

oppositam contracto *rub. de prorur. & def.* Specialissime autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem scripsit, §. *si vero 5. tit. seq.*

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *leg. invitus 37. Cod. de proc.* & quivis mandato domini exercere poterat, *l. 1. eod.* utique si non expresse procurator esse prohiberetur §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ personæ designentur, juramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud Magistratum defendant, *arg. l. 1. de postul.* Bart. *hic comm. part. ult. & sup. de mand.* Gail. 1. *observ.* 43. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. Christin. *vol.* 2. *decis.* 107. Zypæus *not. jur. Bel. de procur.* qui eodem loco etiam accurate docet quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati, simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum quam expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, *leg. ad rem 56. de proc.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, *leg.* 2. & ibi DD. *de jurisd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominium in mutua petitione, quæ forte a reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *leg. servum 33. §. ait Prætor 3. de procur.* Ludov. *Rom. singul.* 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facile quempiam mandaturum fuisse, cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, *leg. non solum 39. §. ult. l. mandato 60. eod. tit. cap. qui ad agendum 4. x eodem in 6.* & ibi Glossa Wesemb. *par. de procur. n. 7. & 11.* Merul. *lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 3. & 4.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. cap. 4.*

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.*

COMMENTARIUS.

Tutores & curatores aliis modis, quam procuratores constituuntur, nimirum aut testamento a parentibus, aut lege, aut a Magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib. 1. tit. 13. & seqq.*

TITULUS UNDECIMUS.

DE SATISDATIONIBUS,

Dig. Lib. 2. Tit. 8. Cod. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

Quoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisdationibus subjicitur. Videamus igitur, quid satisdatio. Cautio sic alia dicitur, nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore; cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *infr. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *leg. promissor 21. §. 2. de const. pec.* frequentissime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *leg. 1. qui satisd. l. 3. C. de verb. sign.* & quoties lex aut Prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *l. 7. de stip. Prætor.* quamquam nonnunquam & pignora admittuntur, *l. 1. §. jubet, 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis satisdationum & cautionum de quibus hoc titul. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

De judicio personali.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut si victus esset, nec rem ipsam restituere, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Quæ satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare jubebatur,* rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Hæc ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satisdatione) Satisdare proprie est fidejussoribus datis cavere, *leg. 1. qui satisd. cog. l. 3. Cod. de verb. sign. l. 7. de Præd. stip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat) Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *leg. 46. §. 2. l. 53. de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l. 40. §. 2. hoc tit.*

Satisdare jubebatur, rem ratam, &c.) Nempe ubi de mandato domini non satis liquide docere poterat. *argum. leg. 3. §. 2. ut in poss. l. 1. Cod. de procur.* neque

neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l. C. de proc.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.*
2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

ANtiquitati placuit) Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in iis, reliquerunt. Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus triplici distinctione, actionis in rem & in personam rei & actionis, personalium principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur) Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l. 8. & abs jud. solv. l. si eum 33. de fidejuss.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poss.* si possessor non caviset, possessionem in adversarium translatam fuisse, nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua causa res mobiles nonnunquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l. 7. in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis æstimationem) Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea 31.* asseruimus etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, id ea quoque observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo aut cum fidejussoribus) Itaque contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit, licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi) Hæc stipulatio auctore Ulpiano, *l. 6. jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l. 5. §. si reus 8. l. 5. §. 2. leg. cum quæreretur 13. l. ex clausula 16. eod.* Prima autem clausula omnium potissima est, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine) Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis quam reus satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione, *l. qui proprio 46. §. 2. l. rem videtur 53. de proc.* Sed & præter solidam satisdationem judicatum solvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipse autem qui in rem) Olim qui rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisdatio judicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque verendum erat, ne is, qui alteri litem intendit, moras necteret, litemque non persequeretur.

(1) *Procurator vero si in rem*, *&c.* procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. vel fid. l. si procurat. 65. de procur. l. unic. in princ. C. de satisdat.* Nam iniquum esset, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit: nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius 40. §. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possunt, ac de his solis dictum textum hunc intelligendum esse. arg. *l. 3. §. 2. ut in poss. l. eg. 1. C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ *d. leg. Pomponius 40. §. ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratorio 18. de nov. op. nunc.* VINN. Et hinc hodie de rato non cavent, nisi qui vel mandatum non sufficiens exhibent, vel ex mandato præsumpto agunt, tanquam personæ conjunctæ. HEIN.

Tutores & curatores eodem modo) Ait, tutorum & curatorum eamdem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. (2) Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo 23. de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. l.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo, 23.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano *ut d. l. vulgo, 23.* dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut si dubitetur an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti) Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *leg. servum, 33. §. ait prætor. 3. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet, ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam a procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult. §. 3. de adm. tut.* Sed de eo non quæritur.

TEXTUS.

De judicio personali.

1. *Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, quam in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam*, judicatum solvi *satisdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. *Siquidem alieno &c. omnimodo satisdaret*) Judicatum scilicet solvi, *leg. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss.* *omni modo*, id est etiamsi mandatum habeat, *l. 21. rat. rem. hab. l. 1. in fin. Cod. de satisd.*

Nemo defensor idoneus) Regula passim tradita. Defensor idoneus, id est, ἱκανὸς ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

AB *actoris parte eadem obtinebant*) Itaque qui in personam agebat, si quidem suo nomine, non satisdabat, sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum, 33. in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut supra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur) Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur judicatum solvi, *leg. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss.* & uti est in textu, *omni modo*, id est, sive mandatum non haberet, sive haberet, quod etiam expressum in *leg. 1. in fin. C. de satisd. l. rem ratam, 21. rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §. 1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invicto actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur; quamvis ex æquitate Prætor actionem in eum deneget, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l. 4. de re jud.*

Quod si proprio nomine) Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at tandem vindicatio possessorem non habet, quem placet absolvi, etiamsi post litem contestatam possidere rem desierit, modo dolo & culpa careat, *l. sin. autem, 27. §. 1. de rei vind.* de quo plura scripsi ad §. *sic itaque, 14. in fin. sup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum. De reo.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur; sed pro sua tantum persona quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant, vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æstimatione*). Ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

HOdie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona) Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. general., Cod. de Episc. & Cleric.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties, 17. Cod. de dignit. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident, *l. sciendum, 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror: alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in rubr. *qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur relinquitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *leg. 1. & dict. leg. sciendum, 16. dict. titul.* fere censent possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi a mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum, 15.* valde alienum esse videtur. Quia cautio pignoratitia non minus idonea, immo aliquando utilior est, quam fidejussoria.

Usque ad terminum litis) Hæc igitur cautio plus continet quam vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses. *Auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur, in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

3. *Vel aliæ tales personæ*) Intellige syndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferunt) Puta vel per procuratorem, *l. 11. C. d. tit.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. C. de act. a tut. seu cur. dand.* ipsi vero per se agentes non satisdant, *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

IN alterius persona) Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. Cod. de satisd. l. si procurator rem, 75. de proc. l. 1. Cod. eod. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. nec satisdatio, 21. rat. rem hab.* Sin minus, sine satisdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, *l. sed et hæ, 35. l. Pomponius, 40. §. ult. de procur.* item procurator omnium bonorum, *l. 7. §. si procurator, 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui mandatum sit, vel non sit, dubitatur *d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. Cod. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in *leg. servum, 33. §. ait prætor. 3. l. non solum, 39. §. de proc.*

Eadem observanda & si tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt.) Puta vel procuratorem a pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. Cod. de procur.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, *l. un. & l. de act. a tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.*

TEXTUS.

De procuratore rei præsentis.

4. Si vero reus conveniatur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire & sui procuratoris personam per judicatum solvi *satisdationis solemnia stipulatione firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus* judicatum solvi *satisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in judicio promiserit, sive extra judicium caverit, ut tam ipse quam hæredes ejus obligentur. Alia insuper cautela vel satisdatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententiæ recitandæ in judicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ in condemnatione continentur nisi fuerit provocatum.*

COMMENTARIUS.

DE eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet; de quo agitur *hoc §.* Altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur; de quo *§. seq.*

Potest vel ipse in judicium venire, &c.) Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisdare judicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare possit, nimirum si ipse pro procuratore suo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

Pro omnibus judicatum solvi clausulis.) Nempe tribus illis de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. sol.*

Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur.) Lege omnino, *ubi de hypotheca rerum suarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisdationem non amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum sit.

Alia insuper cautela, &c.) Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat; unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipsa fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in judicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat qui idem adpromittat.

Propter personam ipsius exponenda) Non a procuratore, ut male nonnulli, scilic. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, a quo manifeste tam hanc quam superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabrot. Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *a procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejussor.) A reo in causam propositam datus. Theophilus, πάντα παρέξει ὡς ἡ ψῆφος ὁ αὐτὸς ἐγγυητὴς, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac., *in nos poster.*

TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. Si vero reus præsto ex quacumque causa non fuerit, & alius velit defensionem ejus subire, nulla differentia inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere; ita tamen ut satisdationem judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

COMMENTARIUS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l. un. Cod. de satisd.* Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque ideo publice expedit, absentes a quibuscumque posse defendi, *l. servum 33. §. 2. de procur.* nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur a falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest; nihil autem interest actoris, a quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim ante cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. Titius, 76. de Procur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius, 61. dict. tit. l. 4. de re judic.*

TEXTUS.

Unde hæc forma discenda?

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solum in hac regia urbe, sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam

forte

forte aliter celebratur, obtinere censemus: cum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.

NOTÆ.

6. *Judiciorum usu*) Usus est omnium rerum optimus magister.

7. *Non solum in hac regia urbe*) Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci πόλιν κειτῆσαν, πόλιν βασιλεῦσαν appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cic. *lib.* 1. *de offic. cap.* 28. *Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus præterquam adversus debitores extraneos, quod detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quam de æstimatione sumptuum litis reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur; vid. Gloss. Joann. Fab. *hic*. Tulden. *cap.* 2. & 3. Merul. *lib.* 4. *dist.* 3. *tit.* 13. *cap.* 1. & *deinceps*, & *sect.* 3. *titul.* 5. *cap.* 1. Wesemb. *qui satisdat. cog. num.* 6. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. & 5. Christin. *volum.* 2. *decis.* 145. & *ibi citat.* & Neostadi. Groenew. *de ll. abrog. hic per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS, ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

Cod. Lib. 4. *Tit.* 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt: neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re est, quod hic titulus superioribus subjiciatur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquius competere, donec sacræ constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria Prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius Prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum; quales sunt eæ, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Prætoris intra annum erat imperium) Prætores in annum creabantur, Liv. 32. 27. Tac. *annal.* 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum possessori) Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus pro hæredes sunt Fabrot.

COMMENTARIUS

1 *Recteне inter actiones prætorias numeretur fideicommissaria hæreditatis petitio?*

EX *lege &c.*) Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere. Nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacræ constitutiones actionibus certos fines dederunt) Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. leg.* 1. *de usuc.*

Certos fines dederunt) Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *leg.* 3. & 4. *Cod. de præscript.* 30. *annor. l.* 1. §. 1. *Cod. de ann. exc.* quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, *l.* 7. §. 1. *Cod. de præscr.* 30. *annor. l.* 1. §. *in fin. Cod. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *leg.* 1. & 2. *Cod. si adv. cred. præsc. d. l.* 7. *in princ. Cod. præscr.* 30. *annor.* Tuld. *ad d. tit.* Christin. *volum.* 4. *decis.* 91. *num.* 9. quamquam & ubi una fide possideretur, 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit *decis. Cur. Holl.* 8. Ad hæc actiones omnes judicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l.* 1. §. 1. *in fin. de ann. exc.*

Tam

Tam in rem.) Actiones in rem non minus quam actiones in personam civiles perpetuæ habentur: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentes, viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex Prætoris jurisdictione pendent.) Ait actiones, quæ ex jurisdictione Prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod Prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio ullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant; sed postea nonnullas cœpisse perpetuo competere, postquam non tam Prætorem quam Præturam spectari placuit, atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vide Ascon. *in orat. Cicer. pro Corn. Balbo*, & Augusti. *de legib. populi Romani*.

Aliquando in perpetuum extenduntur.) Immo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit, quæ rescindat quod jure civili ratum est, *leg. in honorariis, 35. de obl. & action.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori ceterisque qui hæredis loco. Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure Prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos Prætor velut hæredes facit, *tit. 1. de poss. hæred. petit.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris Prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. leg. 2. & fin. hær. pet.* Sed dicerem potius, eo loco civile in specie per excellentiam accipi pro [illegible] [illegible] [illegible] petitionem [illegible] civilem, petitionem fideicommissariæ, non [illegible] Prætorio, sed [illegible] jure civili introducte, [illegible] Senatusconsulto Trebelliano. Nam [illegible] [illegible] jus civile [illegible] iis [illegible] partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis [illegible] Principum constitutionibus [illegible] [illegible] [illegible]. Sed [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] hæreditatis [illegible] Prætoriam. [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] fideicommissariam petitionem [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] jus civile & [illegible] fideicommissariam hæreditatis petitionem. Quia non dubito, Prætores fideicommissariam hanc actionem in albo suo proposuisse. Nec obscure hanc actionem Prætoriam esse docet Jurisconsultus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in *leg. 2. ff. de fideicom. hæredit. petit.* HEIN.

Furti quoque manifesti actio.) Actiones Prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *leg. in honorariis, 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa Prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus Prætor pœnam furibus manifestis constituit, sed eam, quæ ex lege duodecim Tabularum constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *supr. §. pœna, 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facto, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ sint & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. naut. caup. stab. l. sed & hi, 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, *l. 12. C. ad l. Corn. de fals.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus, quæ in hæredes transeunt vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut a Prætore dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit, veluti cum testator dolose versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipso jure.*) Id est, jure civili, ut §. 10. *supr. de act. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav.* Theoph. κατ' αὐτὸ τὸ νόμιμον.

Excepta injuriarum actione.) Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.) Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. § 1. depos.*

Fuerint contestatæ.) *Leg. 26. leg. 58. de oblig. & action. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *leg. 1. §. 11. de peculio.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, contra quæ ex delicto.*
2 *Ostenditur perpetuo [illegible] non [illegible], & [illegible] rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*

3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.*
5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus?*
6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*
7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*
8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari, & quid hic juris hodie?*

ACtionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. (1) Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt, nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur; quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem*, 42. *de rei vind. l. act.*, 25. *de oblig. & action.* Dum autem actio præter rei persecutionibus nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus; & quidem in hæredes in solidum; hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus, quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *leg. 1. & tot. tit. Cod. de hæred. action.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. depos. l. 12. l. ex contractibus*, 49. *de oblig. & action. leg. ad ea*, 157. §. *ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier*, 21. §. *penult. de act. rer. amot.* ambigitur, non ubique, an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat Cujac. 7. *observ.* 37. & 13. *observ.* 39. Lyclam. 1. *membran.* 18. & *lib. benedict. passim.* (2) Ego vero existimo, etiam his actionibus, hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *leg. 2. l. 7. v. 2. de cond. furt.* §. *ult. supr. de oblig. quæ ex delict. leg. 6.* §. 4. *de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescumque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur: ut patet ex *leg. Julianus*, 16. *de jud. l. inde Neratius*, 23. §. *hanc actionem*, 8. *ad l. Aquil. l. hæc actio*, 13. *de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. penult. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. leg. 2. §. ultim. vi bon. rapt. l. in honorariis*, 35. *de oblig. & action. l. pupillum*, 111. §. 1. *de reg. jur.* §. *his autem*, 9. *sup. de leg. Aquil.* §. *ultim. de oblig. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *leg. 1. de privat. del. leg. sicut*, 38. *leg. pupillum*, 111. §. 1. *de reg. jur. l. inde Neratium*, 23. §. *hanc actionem*, 8. *ad leg. Aquil. & hoc text. leg. penult. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva, & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. *his autem*, 9. *supr. de l. Aquil.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed, quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *leg. unic. Cod. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fit, conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam. At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *leg. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier*, 21. §. *penult. de action. rer. amot.* Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte J.C. ait, in condictione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri: si vero plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in *leg. 6. item hæres*, 4. *de act. rer. amot.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt: secund. *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fab. conj. 1. de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus, neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure) Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem quod jure civili, non jure Prætorio, ut in §. *actiones*, 10. *supr. de act. l. 9. §. in usufr. quæ cav. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales) Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & alibi regula concepta est, *leg. 1. de priv. delict. l. sicut*, 38. *leg. pupillum*, 111. §. 1. *de reg. jur.* (3) Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis, quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in simplum, *leg. 1. §. 1. leg. de eo*, 18. *depos.* Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest,

§. *ult.*

§. ult. seqq. de verbor. oblig. vid. §. seq. 16. sup. de act. Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius quam quod abest persequantur, de quibus hæc ratio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita a parte actoris rei persecutionem contineat; pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9. §. 1. quod falsf. tut.* Talis est actio de dolo, *leg. in hæredem*, 26. *de dol. mal.* item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *dict. l. 9. §. 1. quod falsf. tut.* (4) Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *leg. 3. §. penult. mens. fals. mod.* item quæ proponuntur in *leg. 7. §. ultim. de trib. action. leg. 1. §. ultim. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. leg. 1. §. ultim. de eo per quem factum erit, quominus quis in jud. leh. penult. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. leg. 4. in fin. leg. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem; nimirum quia actor per eam in tantum quod sibi abest, persequitur: a parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. (5) At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxa non est, *leg. penult. de op. nov. nunc. leg. sicut*, 38. *de reg. jur. leg. sancimus*, 22. *Cod. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda; ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *leg. 5. de calumn. l. 16. & ult. & leg. seq. quod met. caus. leg. in hæredem*, 26. *de dol. l. unic. C. ex. del. def.* cum similib.

(6) *Excepta injuriarum actione*) Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum*, 13. *in princ. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agit, *leg. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ultim. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non imputatur, antequam litem contestemur, *leg. injuriarum*, 28. *eod.*

Si qua alia similis) Similes habes in *leg. penult. de in jus voc. leg. penult. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. l. de reb. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur, *Nov.* 115. *cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ultim. cum leg. seq. de inoff. testam.*

(7) *Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit*) Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ sunt: quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficiose in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *leg. 9. §. quod falsf. tut. leg. 3. §. penult. si mens. fal. mod. leg. 7. & ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *leg. 12. leg. ex contractibus*, 49. *de oblig. & action. ad ea*, 157. §. *ultim. regul. jur. leg. 7. §. 1. depos.* ubi Jurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quamquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte quæ ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque hæres est*: qui locus sententiam nostram mire confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *leg. 1. §. 1. de eo*, 18. *depos.*

Veluti) Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

(8) *Fuerint contestatæ*) Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *leg. omnes*, 139. *de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in hæredes rei non dantur, licet active transeant: at lite contestata & active transeunt passive, *leg. omnes*, 26. *l. sciendum*, 58. *de oblig. & action. leg. pœnal.* 164. *de reg. jur. leg. unic. Cod. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *leg. 3. §. idem scribit*, 11. *de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *leg. 33. de oblig. & action.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias: quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis a defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum a defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, *cap. in litteri.*, 5. *de rapt. cap. ultim. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Joan. Fab. *hic*. Covarr. *lib. 3. resol. 3. num. 7.* Imbert. *in enchirid.* Papon. *lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura Christ. *vol. 3. decis. 22. num. 2. & seqq.* add. Groenew. *de leg. abrog. ad tit. Cod. ex delict. defunct. in quantum hæred.*

TEX-

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori satisfecerit.

2. *Superest, ut admoneamus, quod si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere; licet in ea causa fuisset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet. & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum absolvere*) Quod Theophil. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere*. Alii, *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat*: quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re judic.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia absolutoria) Locus singularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante receptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione, ad solvendam pecuniam, *l. si debitori, 21. de judic. ex judicat. 17. jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quo alias fieret condemnatio, *fac. l. si reus, 39. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum absolvere) Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis: quod posterius & rationi juris magis conveniri videtur, cum judici incumbat aut damnare reum, aut absolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longe utilis est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS DECIMUSTERTIUS.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio? unde hoc nomen natum? & alia observatu digna.

QUidquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio a parte actoris, cujus in omni judicio sunt partes primæ: exceptio a parte rei; cujus sunt secundæ: de actionibus hactenus quæsitum est: de exceptionibus abhinc agnoscendum: & quidem de iis solis, nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia: si actor, dicat ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio aperte nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi a reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur, non probante, simpliciter absolvitur. Covarruv. *in C. possess. mal. fidei. 2. de reg. jur. in 6. p. 1. relict. init. n. 5.* Wes. *par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubie in judicium deducitur, ac proinde a reo probanda est, *leg. 1. C. de probat.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis nonnihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, aliquo jure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in *princ. l. 22. de dol. mal. exc. l. 2. hoc tit.* Exceptio omnis recte defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *hoc tit. in princ.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt, Pugnantia sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure, & liberari per exceptionem, *l. qui servum, 34. §. 1. de obliga. & action.* quamquam usu Interpretum jam obtinuit ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. Mynf. *ad rubr. hic num. 12.* Greg. Tolos. *21. synt. 17. n. 5.* vide Covarruv. *dict. loc. num. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur, unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstare, exceptionem occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus interius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod sub exceptione dabatur; sic enim Prætor subjiciebat, *nisi, si non, extra quam si, illud* aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellatur, *leg. exceptio, 22. h. t. tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, a conceptione sumpta est, sicut Ulpianus in *leg. 2. eod.* ab effectu utendi modo. Vid. Duaren. *ad leg. 7. §. 1. de pact.* Cujacius *5. observ. 34.* P. Faber *ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή, *leg. penul. hoc tit.*

l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judi. ati, 29. de exc. rei jud. l. si debitor, 91. de solut. cum similibus: de cujus verbi ratione cons. Alc. *de quinq. ped. praescript.* Don. *in rubr. C. hoc tit. num. 5.* Raevard. 1. *de praejud.* 8. Petr. Fab. 1. *semest.* 23.

T E X T U S.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatae autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

N O T Æ.

Ut de exceptionibus) Exceptio est defensio rei, quae actioni, alioquin jure constitutae, opposita, hanc ipsam aequitatis ratione excludit, *l. 2. hoc tit.* alias praescriptio dicitur, *leg. 8. Cod. tit. 35.* Graecis παραγραφή.

Justa sit) Inspecta scil. stricta ratione, & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione, & naturali aequitate. Quae autem allegationes ostendunt actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones proprie non sunt, sed aliae species defensionum.

COMMENTARIUS.

Defendendorum eorum gratia) Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cujus scilicet juris defensio est, vves. *hoc tit. num.* 8. Ob eamdem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

Ipsa persecutio justa sit, Non continuo, si actio justa sit, id est, ipso jure comparata, seu summo jure constituta, justa est in eum, quo cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit. *leg. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio jure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiisse, vel eam quae fuit, ipso jure sublatam: haec allegatio exceptio proprie non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

T E X T U S.

Exempla. Quod metus causa de dolo, & in factum.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, & actio qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

N O T Æ.

1. *Jure civili te obligatum*) Id est, subtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. oblig.* Dolus metusve adhibitus non impedivit, quominus actio nascatur, *l. 5. de inut. stipul.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio) *D. leg. 36. & dict. leg. 5. tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *leg. 102. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui metu coactus promisit, ipso jure obligetur?*
2 *Quaeritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4 *Exceptio in factum qualis, & unde?*

Illustrat exemplis, quod dixit saepe accidere, ut actio, qua quis experitur, summo jure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam a principio iniqua est, vel quia postea vinculum aequitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos astringit, ut summo jure in nos sit actio, sed quae propter defectum aequitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

(1) *Metu coactus*) Qui metu coactus aliquod promittit, ipso jure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier, 21. §. pen. quod met. caus.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore aestimatur, quo geritur. Jam vero illud quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo cont. Arist. 3. *eth.* 1. Ceterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi aequitatis: quoniam consensus, & voluntas ista non fuit libera; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil, 116. de reg. jur. cum simil.* VINN. At non esse genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promissa vi justa, a magistratu ex. gr. extorta, obliganti, *leg. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. caus. gest. l. 29. §. pen. ff. ad leg. Aquil.* cum tamen & hic voluntas non sit libera. Potius itaque hujus juris ratio arcessenda est ab eo, quod omne promissum ex parte alterius requirat acceptionem. Atqui qui vi injusta extorquet promissum, omni acceptandi jure destituitur. Non itaque valet, quod ei promissum est. Ita recte Puffendorf. de J. N. G. & C. *lib. 3. c. 6. §. 10. & lib. 4. c. 17. §. 8.* quum contra Grot. *d. J. B. & P. lib. 2. c. 11. §. 7.* hujusmodi promissum validum existimet. HEIN.

(2) *Dolo inductus*) Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, subtilitate juris obligatur: quia utique verum est, eum promisisse, sed & haec obligatio naturalis aequitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulationis aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis, 36. de verb. obl. l. 1. §. 2. de dol. mal. exc.* Circa dolum qui causam contractui praebet, videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut

sit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, recepta fuit vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in princ. de dol. l. in causa, 16. 1. §. de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *d. l. si quis, 36. de verb. obl. l. 5. C. de inut. stipul.* de quo prolixe Bachov. *disp. 6. de act. th. 17.*

(3) *Errore lapsus*) Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo, quod passim traditur eos qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, *leg. non consentiunt, 15. de jurisd. leg. 2. de jud.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulatio quidem consistit, *l. 1. §. 3. de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causam promittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure nascitur obligatio, *d. l. si quis, 36. de verb. oblig. l. Julian. 7. de dol. mal. exc.* vid. *not. ad §. si de alia, 22. sup. de inut. stipul.*

Efficax est) Per se scilicet ac vi sua, hoc est si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. nihil interest, 112. de reg. jur.*

Exceptio quod metus causa) Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est*; ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecerit; sed an omnino metus causa factum sit in ea re a quocumque, non tantum ab eo, qui agit, *l. 4. §. pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali) Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis quæratur, non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est*, *l. 2. §. 1. & l. 4. §. pen. de exc. dol. mal.*

(4) *In factum*) In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præ ipsæ subsidiariæ, de quibus explicatum §. *ult. supr. de l. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est actio de dolo, *l. non debet, 11. §. 1. de dol.* ita agente hujusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum est, *l. 4. §. adversus, 16. de dol exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l. 5. Cod. de inut. stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni causa, ob quam, id quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *leg. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter, 5. l. 4. §. penult. l. 7. l. 12. de dol. exc. l. si quis, 36. de verb. oblig. l. 5. Cod. de pact. cum similib.*

TEXTUS.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam a te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam a te petere posse eum, certum est: dare enim te oportet, cum ex stipulatione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere. cujus tempora nos (secundum quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.*

NOTÆ.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*) Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse, *l. 30. de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cum habeat exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ) *L. 2. §. 3. de dol. mal. exc.* Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

COMMENTARIUS.

QUI quasi credituro stipulanti pecuniam spopondit, jure civili obligatus est: sed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *leg. 2. §. 3. in fin. de dol. exc.* ubi Ulpianus ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpe stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.*

Cujus tempora) Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, a Justiniano biennis tantum facta est, *supr. tit. de lit. obl.* ubi fuse de hac exceptione disseruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne a se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino dissolvuntur: quia de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret, eum dare oportere. sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam a principio nascuntur in re contrahenda: quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihi-

Nihilominus obligatus manet) Qui cum creditore pactus est, ne a se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut etiam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ contracta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *leg. 7. §. sed cum, 4. leg. si unus, 27. §. 2. de pact. leg. 5. l. 10. & l. 13. Cod. eod.* Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, ut pacto convento tollitur etiam ipso jure, *§. ultim. supr. quibus modis toll. oblig.* ubi ejus rei ratio a me exposita est.

Sed quia iniquum est) Quamvis debitor, qui pactus est, ne a se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu Prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet; vel si non constet, addit exceptionem *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet *lex nihil interest, 112. de reg. jur.*

T E X T U S.

De jurejurando.

4. *Æque si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque necessariæ sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet, licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse; iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

N O T Æ.

4. *Juraverit*) Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

Juraverit rem suam esse) Aut petitoris non esse, *leg. 3. §. 1. l. 11. princ. d. tit.*

C O M M E N T A R I U S.

Exceptionis pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l. sed & si, 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit) Verba edicti, quo Prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr. junct. l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*, unde intelligimus, si reus juraverit nemine ei conditionem jurandi deferente, Prætorem id jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si Prætori constet reum prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tunc locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant, sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridicule enim juberet Prætor, de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet) Nam jusjurandum non magis quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ; sed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum, 95. §. naturalis, 4. de sol.*

Quia iniquum est de perjurio quæri) dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. sed & si, 15. & l. 5. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor juraverit) Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, si petitor eamdem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse: amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

T E X T U S.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest, sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

C O M M E N T A R I U S.

Non ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ datur sententia, a qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui nodus litium multiplicatus, inexplicabilem afferret difficultatem, *leg. 6. de exc. rei judic.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio numquam datur, *l. evidenter, 16. eod.* Cui non obstat *l. 4. C. depos.* Nam qui in sortem tantum rerum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

Obligatio durat) Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione, aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legisse; *actio durat*: Sic enim hunc locum convertit: [illegible], eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in *vind. jur. præmiss. c. 19.* nullam equidem causam video.

Per exceptionem rei judicatæ) Hæc autem exceptio non aliter petenti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei vind.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa

peten-

petendi, eademque conditio personarum, quæ qualia sint, late explicatur in *l. cum quæritur*, 12. *cum seqq. eod.*

T E X U T S.

De cæteris exceptionibus.

6. Hæc exempli causa retulisse sufficiat: alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

COMMENTARIUS.

JUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen, π̃, *lib. ff.* 44. *tit.* 1. *cum seqq.*

T E X T U S.

Divisio prima.

7. Quarum quædam ex legibus, vel iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius Prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

N O T Æ.

7. *Ex Prætoris jurisdictione*) Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆC exceptionum divisio sumpta est a causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *sup. de oblig.* & actionum, §. 3. *sup. de act.*

Ex legibus) Exceptionum ex legibus proprie dictis descendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. Tabularum.

Quæ legis vicem obtinent) Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Et principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis; item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena a fisco vendita: *tit. Cod. de quadrienni præscr.* quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, *l.* 3. *& 4. Cod. de præsc. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie, C. a pel.* Ex Senatusconsultis sunt duæ, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiofamil. credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

T E X T U S.

Divisio secunda.

8 Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.

COMMENTARIUS.

QUarumdam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ; *l.* 2. §. *ult. leg.* 3. *hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

T E X T U S.

De peremptoriis.

9. Perpetuæ & peremptoriæ sunt quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ista convenerit, ne omnino pecunia peteretur.

N O T Æ.

9. *Doli mali*) Quamvis actio de dolo sit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 4. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi) Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*
2 *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis?*

QUÆ *semper agentibus obstant, &c.*) Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 2. *C. de prec. imp. off.* Non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi, id cujus petitio ita repelli potest, *l. nihil interest*, 112. *de reg. jur. l.* 3. §. 1. *de const. pecun. l. qui exceptionem*, 40. *de cond. ind.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non a tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Mynf. *hic n.* 2. nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed a tempore, quo effectus propositarum durat: eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. Bronch. 2. *misc.* 52. Cujus sic definit, *perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitari possunt*, *l.* 3. *hoc tit.* sc. semel oppositæ.

2. *Exceptio doli mali*) Obiter hic notandum, (2) exceptionem peremptorium, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire; verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo quia

quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur: at in rei potestate non est, quando conveniatur, *l. 5. §. ult. de dol. exc.* Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere potest, quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, quærelæ inofficiosi quinquennio finitur. Gomez. 1. *var. resol.* 11. *n.* 20. Costal. in *l. 8. §. si filius*, 13. *de inoff. testam.*

Quid metus causa, &c.) Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum, *l. unic. Cod. ne lic. in eod. caus.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. Mynf. 1. *observ.* 15. Gail. 1. *observ.* 72. Christin. *vol.* 4. *decis.* 122. Imb. *lib.* 2. *inst. for.* Bugnion. *lib.* 1. *leg. abrog. art.* 253. denique præscriptiones omnes, quæ eo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ut intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant: cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum, qui tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianæ constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit, & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam passi sunt; & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti temporalium doceantur observare.*

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum species.*
2 *Exceptio excussionis an dilatoria?*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationis adjectum.*

Exceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, dilatoriæ, quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Cajus sic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent: sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.*

Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.) (1) Hæc ab effectu appellari potest solutio dilatoria, cui similis est præscriptio moratoria a Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. 1. in fraudem*, 45. §. *fiscalibus*, 10. *de jur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant litteras *salvi conductus, gratiæ, securitatis* Nostrates, *Briæ ven van atterminat oficoejpyt.* Qua de re consulendi Afflict. *dec.* 337. *& seqq.* Surd. *dec.* 301. 307. 322. Boer. *dec.* 96. Thesaur. *dec.* 186. Rebuff. *de lit. dilat. art.* 1. *n.* 9. Christ. *vol.* 2. *decis.* 70. *& seq.* Kiaschot. *tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. h. t. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul. *l.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *c.* 2. 3. *& 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur; *l. 16. & seqq. de re judic. §. item si 37. & seq. & §. ult. sup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium fit rei majoris, *tit. C. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. Christin. *vol.* 4. *dec.* 74. *n.* 5. Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti termini angusti, feriarum, & simul de quibus late Zanger. *de except. part.* 2. (2) Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eum referunt, Sicard. *ad l. 10. C. de fidejuss.* 2. Bronch. *misc.* 51. Zanger. *de exc. part.* 3. *c.* 19. Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, si quidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Autn. præsente, C. de fidei* Fach. *lib.* 8. *c.* 52. Ant. Fab. *Cod. suo, hoc. tit. def.* 1. Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror, nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitori solvendo esse reperiatur. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit*, 20. *de cond. ind.* D. Tuld. *comm. hic c.* 6. Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia similis) (3) Puta quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipsa jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. *sup. de verb. oblig.* Sed præmature seu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita*, 6 *de eo quod cert. loc. l. un. §.* ult. *quand. di usufr. leg. ced. l. lib.* 118. §. 1. *de verb. obl.* causæ amissione mulctabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis §. *quid agens*, 33 *sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenoniana confirmata a Justiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas

liquas inducias rei conduplicare, itaque finitis non ante andiatur, quam sumptus omnes priores litis refuderit, *hoc text. in calce*. Quid hodie juris sit, exposui ad *d. §. si quis agnus*, 33. *de act.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex persona.

11. *Praeterea etiam ex persona sunt dilatoriae exceptiones, quales sunt procuratoriae, veluti si per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis superesse sine offensa militaris disciplinae possunt. Eas vero exceptiones, quae olim procurationibus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo prospeximus, conquiescere sancimus: ne dum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio protelatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriae genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex?*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti?*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonae fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis judiciis initio litis contestandas.*
6 *Quid ex Interpretum sententia hic receptum?*
7 *Vis exceptionum rei judicatae, jurisjurandi & transactionis?*
8 *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9. *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatae?*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quae hinc excipiendae?*
11. *Quae exceptiones dilatoriae etiamsi post sententiam recte opponuntur.*
12. *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

(1) EXceptionum dilatoriarum quaedam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, praescriptio moratoria, &c. Quaedam constitutionem judicii: Atque ex his quaedam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio praeventionis; de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quae specialiter dicitur exceptio incompetentiae, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictio non est. Quaedam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his quia. pers. legit. &c.* Quaedam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quae dicuntur procuratoriae, *l. 7. §. ult. l. 3. hoc t.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcumque perversam judicii institutionem; sive quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum: sive quia actio, quae intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causae praejudicium fiat, & generaliter quaecumque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde a *Cic. lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales sunt procuratoriae) Exceptiones procuratoriae ex persona dilatoriae sunt, quia rem differunt. nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, *l. 2. in fin. hoc. t.* (2) Exceptio autem procuratoria duplex est: nam ut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere, *l. inter quos, 39. ff. de damn. infr. leg. licet, 24. C. de procur.* aut a pupillo sine auctoritate tutoris constitutus; *l. in exceptionibus, 19. §. de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier: cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quae *sup. ad §. 1. de iis per quos ag.*

Mulierem) Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiae ratio prohibet, *l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque faeminae 54. de proc. l. alienum 18. C. eod.* ubi Impp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre) Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. de proc. l. 6. Cod. eod.*

Suis negotiis) *L. 9. Cod. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam) Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quamquam per se agere poterunt. Justinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id discrepatio negotii protelanda. Operae pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. (3) De eo duplex fere quaestio est, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quaesitum, liceatne pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti, Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur. *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 43. de reg. jur. cap. nullus 20. eod. in6.* DD. comm. in *d. l. 8.* Zis. *ibid. n. 4.* Covarruv. 1. *varias resolut. 1. n. 8.* Differentiae ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare humanum est, (4) De tempore objiciendae exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonae fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam

nam in bonæ fidei judiciis verba ipſa judicii dati exceptionem tacitam includunt, cum in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cum aiunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri; etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli, *leg. 3. de reſc. vend. leg. hujuſmodi 84. §. qui ſervom 5. de legat. 1. leg. plane 38. leg. ultim. de hær. pet.* (5) In ſtrictis vero judiciis exceptionem in principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel a reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel a dubitante tantiſper miſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur, ad diſceptationem opponi. Textus clari in *leg. 9. Cod. de præſc. long. temp. leg. 8. & leg. 9. Cod. hoc titul.* Cæterum non conteſtatam poſtea objicere, nego pro arbitrio licuiſſe. Cujus ego rei fortiſſimum hoc argumentum habeo. Certum eſt, ultra id quod in judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi poteſt, de quo lis non aperte conteſtata ſit. Nam ſive veterum judiciorum rationem conſiderare volumus, palam eſt, exceptiones in jure apud Prætorem proponi debuiſſe, qui deinde formulæ eas includebat, ſive mutatam poſtea judiciorum formam, conſtat eamdem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in bonæ fidei judiciis in contrariis aſtrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ ſunt, ut proinde in his nihilominus neceſſe fuerit exceptionem in exordio litis conteſtari. Atque ita ſæpiſſime reſcriptum eſt, poſtquam jam a Diocl. *l. 2. C. de ped. jud.* ſublata eſſet judicis dandi licentia, *l. 8. C. hoc tit. l. 9. de præſc. long. temp.* Quibus non obſtat *l. 2. C. ſent. reſc. non poſſ.* Nam omiſſas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus, non quarum nulla mentio initio facta, ſed quæ conteſtatæ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt ad probationem & diſceptationem. Don. ad *d. l. 8. n. 7.* Gudelin. *lib. 3. c. 8.* VINN. Rectiſſime ſe habet hæc Vinnii obſervatio. Nam in judiciis ſtricti juris exceptio erat inferenda formulæ, alioquin ejus rationem habere non poterat judex, ex. gr. *Si paret, Cajum Titio centum debere, ut eum in centum condemna, ut pactum ſit.* Et inde eſt, quod Tribunorum plebis implorari poſſet auxilium, ſi in formula omitteret exceptionem. Cic. *Quæſt. Acad.* 4. 30. Eo rigore non opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis exceptiones ineſſe credebantur. Et hinc judex earum rationem habebat extra formulam. Inde jam facile patet in judiciis ſtricti juris exceptiones opponendas fuiſſe in jure, adeoque ante litis conteſtationem in judiciis b. f. etiam in judicio poſt litem conteſtatam. Conf. Ger. Noodt. *de Juriſd. l. 3. de fœn. & uſur. 121. 15. de form. emend. dol. mal cap. 5.* HEIN. Cæterum plurium ſuffragiis probatum, uſuque receptum eſt, ut hujus generis exceptiones etiam non conteſtatæ uſque ad ſententiam recte objiciantur, vid. Mynſ. 2. *obſ.* 24. Marant. *§. 6. n. 12.* Gail. 1. *obſ. 74. n. 3.* Weſ. *par. num. 7.* quod eo facilius nunc admittendum, quia diſcrimen judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris pene ſublatum eſt, ut alibi demonſtravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & tranſactionis, hoc ſpeciale habent, quod impediant litis ingreſſum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. Chriſtin. *d. dec. n. 7.* Gudelin. *l. 4. cap. 7. ſect. 1.* Quamquam ſi initio oppoſitæ non ſunt ad impediendum proceſſum, nihilominus poſtea opponi poſſunt juſtitiam cauſæ. Chriſt. *d. dec. n. 18. & ſeq.* Sciamus autem, ea, quæ de conteſtatione harum exceptionum diximus, dicta eſſe de exceptionibus facti, quibus aliquid factum eſſe intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19. de probat.* quæ enim quæſtionem facti habent, non poſſunt intelligi in judicium deduci, niſi facti conteſtatione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum juris, id eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa perſonæ jure tribuuntur, qualis eſt exceptio diviſionis epiſtola D. Hadriani fidejuſſoribus tributa. (8) Nam hoc genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed ſufficit quandoque, ante ſententiam allegari, *l. 10. C. de fidejuſſ.* & ibi D. Ant. Fab. *C. ſuo, h. t. defin. 1. n. 3.* Nimirum auxilium diviſionis ſatis ſub appellatione & perſona fidejuſſores in judicium deduci intelligitur, cum fidejuſſori jure tribuatur, hoc ipſo quod fidejuſſor eſt. (9) Duæ omnino exceptiones peremptoriæ ſunt, quas non ſolum neceſſe non eſt initio litis conteſtari, ſed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatuſconſulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Maced.* Id quod nimirum videri non debet placuiſſe in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis cauſa maxime introductæ ſunt. DD. noſtri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. C. de jur. & fact. ign.* Gail. 1. *obſ. 113. n. 5. & ſeqq.* Zaſ. in *l. 2. h. t. n. 16.* Marant. *p. 2. memb. 9. n. 18.* Merul. *l. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 4. c. 14.* Exceptiones dilatoriæ, cujuſcumque eæ generis ſunt, ſi paucas deſumpſeris, inter exordia litis, hoc eſt, ante litem conteſtatam, opponi debent. (10) Quin & diſceptari, probari, & decidi, *l. pen. & ult. C. h. t.* Excipitur dilatoria ſolutionis, non defugiendi judicii, ſed ſolutionis differendæ gratia objecta, ſeu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum proceſſum, ſed ad merita cauſæ oppoſita, cujus initio conteſtatæ probatio demum a reo exigitur, poſtquam actor intentionem ſuam probavit, quod refero *l. exceptionem 19. C. de prob.* cum Gudel *l. 4. c. 7. ſect. 1.* Sed & ſi quæ hujus generis demum poſt litem conteſtatam nata ſit, veluti ſi novæ cauſæ poſtea emerſerint, ob quas judicem tamquam ſuſpectum recuſare liceat, non eſt ambigendum, quin hujuſmodi exceptio poſt cœptum judicium objici poſſit, *cap. 15. de off. deleg.* Sichard. *ad l. 13. C. de procur. n. 5.* quamquam in privilegio fori ſuperveniente hoc locum non habet, *l. 7. de judic.* Idem juris eſſe Interpp. noſtri volunt, ſi exceptio gravamen ſucceſſivum, ut loquuntur, habet: cujuſmodi eſt exceptio loci non tuti vel ſuſpecti. Mynſ. 2. *obſerv.* 74. Gail. 1. *obſerv. 52. n. 3.* Sichard. *d. l. n. 6.* Item ſi reus exceptionem ſibi competere in facto errans ignoraverit, *c. 4. in hoc tit.* Covarr. *princ. qu. 26. n. 2.* (11) Illud certum eſt, exceptiones dilatorias, quæ adverſus inhumanam ſolidi petitionem comparatæ ſunt, non ſolum poſt litem conteſtatam ante ſententiam objici poſſe, ſed etiam poſt rem judicatam in ipſa executione, *l. 14. l. 17. §. ultim. ſolut. matrim. l. 18. l. Neſennius 41. §. ult. de re judic.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat ſententiam, ſed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione reſtitutionis, *l. divus 33. de re judic.* & in exceptione cedendarum actionum, *l. ſi fidej. 41. §. 1. de fidejuſſ.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non ſoluti. De qua DD. in *l. 1. Cod. de jur. & fact. ign.* Gail. 2. *obſerv. 27.* Zan. *de exc. part. 4. c. 28. num. 88.* (12) Tantundem dixero, ſi exceptio judicium retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet 24.*

Cod. de procurat. si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Ceterum protestari consuevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, sed ex iis sibi defensionem recte atque ordine velle tribui. Damhoud *prax. civ. c.* 139. Imbert. *inst. for. lib.* 1. *cap.* 51. Mynf. 4. *observ.* 89. Merul. *lib.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *c.* 1. Christ. *vol.* 4. *decis.* 174. *num.* 15. Gudelin. *lib.* 4. *cap. sect.* 1. *& cap.* 6. *sect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cum intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta eum statim a lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentia, & litis finitas, juxta, *instruct. Cur. Holl. art.* 88. junct. art. 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Just.* Gronevv *de leg. abrog. ad hunc tit.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid sit?

UT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.* 2. §. 2. *exc.* estque nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem a reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 2. Unde a Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *leg. exceptio* 22. §. 1. *eod.* quamquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur: quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat; nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie justa) κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum jus strictum: iniqua autem, i. ex æquitate putetur.

Adjuvandi actoris gratia) Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l.* 7. *l. de except. l.* 2. §. 2. *ff. eod.*

Replicatio vocatur) Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ a parte actoris venit, *d. l.* 2. §. 1.

Nocet ei exceptio) Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis pactum versatur, *leg.* 27. §. 2. *de pact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem, etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur* l. si unus 27. §. 2. de pact. *& conciliatur cum* l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.

CUM exceptio in speciem justa, revera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, quæ placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* Ceterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur, ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & a nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hoc text. l.* 2. §. 1. *& 2. eod.* Theophilus reddidit, ἀντιλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς. *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. cap.* 29. *Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem ex nostris exceptio refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *Stichum* 95. §. *naturalis* 4. *de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat jurisconsultus in *d. l. si unus* 27. §. 2. *de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor, pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. (1) *In stipulationibus*, inquit, *jus continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam

acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum 34. §. 1. de obl. & act.* Scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & conditione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere, & quamvis exceptionem in judicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se quandoque apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod praecesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius, quia scilicet dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. *ad d. l. 27. §. 2. de pact.* Dom. *add. l. 5. C. eod.* Bach. *de pact. cap. de effect. pact. lib.*

T E X T U S.

De duplicatione.

2. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quae prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus, adjuvandi rei gratia; quae duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Etsi rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur, quae dicitur triplicatio.*

De caeteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu judiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eum datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verum hanc licentiam posteritas merito reprimendam putavit, ut modus allegationum nimium multiplicatum tam explicet causam, quam implicet. (1) Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi & ad statum causae pertinenti facti allegationem. Vid. *Ordin. Cam. Imp. part.* 3. tit. 10. Imbert. 1. *Inst. form.* 36. *Ampliat. Instrum. Cur Holland. art.* 12. Dom. Tuld. *in comm. ad hunc tit. cap.* 1. & 2. ubi exemplo hanc rem illustratam ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa auctori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps Mer. *lib. 4. dist. 4. sect.* 3. tit. 10. *cap.* 1. In statu causae judiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appointeert partyen te beschryven by memorien en advertissementen van rechten*, &c. In statu conjecturali *appointeert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyscht wordt. Ende wordt in beyde geschreven by eysch, antwoordt, replicq, dupliq, by intervalle van tijd, sonder meer.* Marul. *d. dist.* 4. tit. 10. & *seq.*

T E X T U S.

Quae exceptione fidejussoribus prosunt, vel non?

4 *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus, & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quaedam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem,* si bonis cesserit. *Sed haec exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

COMMENTARIUS.

1 *Quae exceptiones ad alios transeant, aut non transeant?*

2 Exceptio *laesionis ex causa aetatis cujus generis?*

(1) UTrum exceptio, quae debitori competit, ad alios puta haeredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quaedam exceptiones in rem sunt, quaedam in personam: sive quod idem est, quaedam causae seu rei, quaedam personae cujusque cohaerent. Rei cohaerentes exceptiones sunt, veluti rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 9. §. 1. h. t.* Personae cohaerent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne a solo debitore peteretur, *l. nisi 22. de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in princ.* item praescriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia 166. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes 19. h. t. de except l. si tibi 17. §. pactum 5. cum aliquot l. seqq. de pact. l. ex persona 32. de fidej. l. 9. §. ult. l. si is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jur. ejur. l. 9. §. pen de SC. Maced. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. Cod. de non n. pec. l. emptori 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & leg. seq. sol. matr. l. etsi 24. cum seq. de re jud. l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quia

Quia mandati judicio) Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo tutura esset: quippe a quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, §. *si quid 6. sup. de fidejuss. l. mandati 15. C. eod.* Hinc quod a fidejussore petitur, τῷ διώκειν a reo exigi scribit Ulpian. *l. adversus 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio rei competens fidejussori non proderit, *l. quod dictum 33. de pact. l. 9. §. pen. de sen. Maceion.*

Si de non petenda pecunia) Nisi nominatim id actum, non a solo debitore peteretur, non etiam a fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi 22. l. idem. 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujac. in *d. l. 21.*

Debitor si bonis suis cesserit) Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptionem cessionis bonorum, neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quam facere possit, condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio uti & ceteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. princ. de except.* De quo plura *sub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat) Cum fidejussor suam personam, tamquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis; merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læsionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restituto datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda: quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l. 6. de rest. in integr. l. minor 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causæ, 13. princ. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidejuss.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor 51. de procurat.* add. Mynf. *observ. 18.* Maurit. *tract. de rest. in tut. c. 15.* Gomez. *2. resolut. 14. n. 6. & 9.* Plane si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. except. l. ult. Cod. de fidej. min.* Maurit. *cap. 14.* Odd. *tract. de rest. in int. 1. q. 48.* Duar. *add. tit. Cod.*

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. 1. Cod. Lib. 8. Tit. 1.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu, dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis: quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt; unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis 37. de oblig. & action.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. Cod. hoc tit.* Unde & Compositores titulum τῶν inscripserunt: *De interdictis, sive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

Maxime cum de possessione) Ait, *maxime*, quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quam celerrime componeretur, *l. 13. §. 3. de usufr.*

Quasi possessione) Rerum scilicet incorporalium, puta ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de hær. pet. l. 23. §. 2. ex quib. caus. maj.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? observatur error Theophili.*
2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant?*
3 *Cur potissimum de possessione proposita?*

SEU *actionibus, quæ pro his exercentur*) Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum, actiones rectæ introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ aut conceptiones verborum) (1) Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. τῶν, cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterum formulam spectemus, sic recte definietur: Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur; hic Prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet, aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hoc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri) Sine constitutione judicii. Nam prætor ad stipulationem interdictum petentis ad-

versario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. princ. ne vis fiat ei, qui in poss. miss.* totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum Prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit, actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione disceptatur.

Tunc maxime cum de possessione &c.) Ait, *maxime*: quia quædam interdicta proprietatis, aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l. 2. §. hoc tit. l. 3. §. ait, 11. cum §§. seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. quot. & æst.* quamquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendos: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc casu, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. §. hoc autem, 13.* Don. *ad hunc tit. Cap. 6. Tuld. n. 2. 3.* Et hoc est, quod dicitur *d. l. 1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, idest, possessionis & proprietatis, cum illa quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierint, incipiat secunda actio, *l. ult. Cod. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l. nulli, 10. Cod. de jud.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrime imperio Prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi adserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc fere suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt. Gail. 1. *obs. 5.* uti apud nos ex instr. provincialis art. 37. & seqq. instr. Cur. Holl. aut supremus Senatus *art. 9. supr. Senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quædam velut possessio privatorum, nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. princ. hoc tit.* & exponuntur singula seorsum.

TEXTUS.

Divisio prima.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus Prætor vetat aliquid fieri: veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi: vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro herede aut pro possessore possidet ex ea hereditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi: veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea propri evocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

Divisio interdictorum, quæ hic proponitur, a forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis proposita sunt, quam quæ de rebus privatis. Ulp. *l. 1. §. 1. h. t.* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. eod. tit.* item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l. 3. §. 1. illo tit.* vide Cujac. 4. *observ.* 11.

Vetat aliquid fieri.) Unde in formulis edictorum prohibitoriorum Prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidenti.) Intelligit interdictum: *Uti possidetis*; quod plenius explicabitur §. *retinendæ*, 4. *infr. eod.* *Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversario: nam alia etiam vitiosam possessionem interdictum tuetur, *l. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti.) Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. ff.* non refertur, sed *tit. ult. ult. lib. 11.* his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo cave mortuum inferre, & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari.) De quo in *l. 1. & passim, ne quid in loco sacro*.

In flumine publico) De quo sub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui) Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum, *restituas*, addatur, *l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.*

Bonorum possessori) Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copiosius explicabitur §. *proximo*.

Qui vi de possessione) Unde apparet, significari interdictum, *unde vi*, §. 6. *infr.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi) Quapropter verbum *exhibeas* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest: quod hæc tantum ad certam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam habere, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate) Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi a quoquam retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas) Quam ad rem comparatum idem edictum *sub tit. de lib. exhib.*

Aut parenti liberos) Cujus rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Proprie interdicta vocari, quæ prohibitoria) Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdicere

cere omnibus Latine loquentibus idem elt, quod vetare, prohibere, ut exiltimandum fit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decretâ quoque selticutoria interdicta appellata fint.

Quia inter duos dicuntur) Hoc plane ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. pecuniæ*, 178. *de verb. signif.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non male converti: nam interdicto totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 2. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. Cod. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam add. Covarruv. *pract. quæst.* 17.

TEXTUS.

Divisio secunda.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

2. *Sequens divisio*) Ex Paul. *l. 2. §. ult. hoc tit.* Superior a forma, hæc a fine sumpta est, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l. 2. §. ult.*

Quædam adipiscendæ) Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, ut amissam recuperemus. Auson. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus, unde repulsus
Vi fuero, aut utrubi fuerit, quorumve bonorum.

Interdictum *unde vi* comparatum est recuperandæ possessionis causa, *utrobi* retinendæ, *quorum bonorum* adipiscendæ.

COMMENTARIUS.

SEcunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent *l. 2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem a fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdictis adipiscendæ.

§ 3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur.* Quorum bonorum: *ejusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore possidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque quod adpellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. *Appellatur quorum bonorum*) A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede possidere, &c.) Vid. *l. 11. cum seqq. de hæred. pet.*

Primum conatur adipisci possessionem) Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorum est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d. l. 1. in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum) *Lib. 43. ff tit. ult. & 8. C. tit. 9.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*
2 *Quorum bonorum, cui, adversus quem competat: & cui bono comparatum?*
3 *Quis hic dicatur pro hærede, pro e possessore possidere? tum cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa? & in quo illa cum interdicto conveniat?*
4 *Quibus propositum remedium*, l. ult. Cod. de evict. D. Hadr. toll.
5 *Cui, adversus quos interdictum Salvianum detur?*
6 *Interdicto huic affini remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius?*

(1) ADipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: generis duo hic proponuntur & explicantur: interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta quod legatorum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tabulis exhibendis, & de glande legenda; quæ extant & explicantur in ff.

Accommodatur bonorum possessori (2) Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto Prætoris bonorum possessio data est, *l. 1. quor. bon.* uno verbo, hæredi Prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui iure civili hæredes facti sunt, per *l. 1. C. quor bon.* Gloss. comm. approbata ad *rubr. Cod. eod.* Schneid. *hic n.* 13. Anton. Faber. *C. suo eod. tit. defin. an.* Quamquam hoc displicet Baron. *hic*. Donell. *ad. d. tit. C. n.* 3. Cuiacius *in par. C. eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si iam bonorum possessio alicui a Prætore data est? Eo opus est, quorum bonorum illa possessio, quam Prætor tribuit, non corporis, sed juris est: hoc est, Prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus persequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l. 3. §. 1. de bon. poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex iis bonis) Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti cum moreretur, fuerant; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt, id enim significant verba interdicti, *possideresve, si nihil usucaptum esset, l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut pro possessore) Datur hoc interdictum adver-

adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hoc expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede, prove possessore possideret; quod nominatim adjectum est in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdicti: *Quodque dolo malo fecisti, ut desineres possidere, d. l. 1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l. parem.*, 130. *leg. qui dolo*, 131. *cum simil. de reg. jur.* Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. in quib. caus. cess. long. temp. præscr.* Esset iniquum, eum, quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo æstimatur: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam*, 13. §. 1. *de hær. pet.* Covarruv. *pract. quæst. cap.* 12. Cacheran. *decis.* 56.

Restituere debeat) Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ a nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas numquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

Pro hærede) (3) Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem qui nullam causam possidendi aliam habet, quam quod possidet: unde & nomen natum, *l. 11. cum seqq. de hæred. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus, & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis, quippe quo non tantum corporum possessores, ut interdicto, *l. 2. quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor*, 42. & ibi Bart. *de hæred. petit.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l. 1. C. quor. bon.* Resp. Eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habemus longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1. junct. l. judices*, 9. *C. de edd.* Afflict. *dec.* 14. Menoch. *de adip. poss. rem.* 4. *n.* 96. *& seqq.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinent, non ad res singulares, *l. 1. in princ. de rei vind. & l. 1. §. 1. quor. bon.* Idque duplici respectu dicitur. 1. Ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit; 2. Ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim judicio alius tenetur quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam possidet, *l. 9. & seq. de hæred. pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris successionem sibi asserit. (4) Confule Cacheran. *dec.* 74. Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate Magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in *præl. d. l. ult.* Sichard. *ibi n.* 4. & 5. Menoch. *de adip. poss. rem.* 4. *n.* 648. & 726. Ant. Fab. *C. suo ad eumdem titul. de fin.* 3. & 4. Christin. *vol.* 4. *decis.* 30.

Interdictum, quod Salvianum) (5) Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppignorasti, quo de re agitur, id illi restituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam a colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in princ. de interd. Salv.* Porro ex communi Icterpp. sententia latius interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppignoraverit, per *l. 1. C. de precar. & inter. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem, quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse, Ang. Jas. & alii in §. *Serviana*, 7. *supr. de act.* Wesemb. *par. de Salv. interd. n.* 2. Schneid. *his n.* 7. Fach. 8. *controv.* 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdictum intentetur, *arg. Nov.* 4. *c.* 2. Fachin. *ubi supr. c.* 92. D. Tuld. ad *tit. Cod. n.* 2. Divortium a communi sententia facit D. Ant. Merenda 5. *controv.* 37. *& seqq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana*, 7. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. (6) Utilis est experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse; at in actione Serviana, quæ judicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, *l. & qua*, 15. §. 1. *de pign. l. ante omnia*, 23. *de probat.* quod fusius a me explicatum *dict. §. Serviana*, 7. Wesemb. *d. loc.* Menoch. *adip. poss. rem.* 3. *num.* 8. *& seqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta* uti possidetis *&* uterubi: *cum ab utraque parte de* pro-

proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrum eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius a possidente petat. Et quia longe commodius est, & potius, possidere quam petere; ideo plerumque & fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio, propter quam causam, cum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. Sed interdicto quidem uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur;* utrubi *vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat:* nam uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem; etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ob adversario litis contestatæ tempore detinet.*

NOTÆ.

Ab adversario) Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

Majore parte anni) *L. un. utrubi*, retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6. εἰς τοπικα ἐπαλληλ... Theophil. Majore autem parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l. 156. de verb. sign.*

Utriusque interdicti potestas exæquata) *d. l. unic.* §. 1. *utrubi*, quem locum apparet a Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare?*

2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eamdem rem possidere nequeant?*

3 *An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit? & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.*

4 *Vetus differentia inter interdicta* uti possidetis *&* utrubi: *ejus differentiæ sublatio; tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

Retinendæ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta sunt *uti possidetis* & *utrubi*. Prius est de rebus soli; posterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poss. l. un. de utrubi*. Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa & vis eadem, ut si a rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit, ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei) Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poss.* ubi Ulp. ait; si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit) (1) Actio in rem institui non potest, nisi certus sit possessor, *l. ordinarii*, 13. *C. de rei vind.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, a parte actoris dominium, a parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter*, 62. *de judic.* Ubi Ulpianus scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. (2) Sed qui fieri potest, ut duo de retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eamdem rem possidere non possint, *l. 3. §. ex contrario*, 5 *de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt, ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alii respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eamdem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juste, alter injuste, *l. 6. §. 1. de acq. poss. princ. l. 3. pr. uti possid.* Quæ & sententia Sabini fuit, *d. l. 3. §. 5. de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l. 3. princ. uti poss. l. & habet*, 15. §. *eum qui*, 4. *de precar.* Cujac. 5. *obs* 22.

Commodum possidendi in eo est) Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l. 2. C. de prob. l. ult. C. de rei vind. l. 4. Cod. de edend. fac. l. 128. de reg. jur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Jurisconsultus in *leg. is qui*, 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nancisci possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. (3) Quid ergo, si quis non observato hoc consilio Jurisconsulti rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum præsumendum est, quam animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *leg. 12. §. 1. de acq. possess.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde v. leg. cum fundum*, 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expresse traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falso multi æstimaverunt, decepti *d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1.* sed ut interim dum de possessione cogno-

gnoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii*, 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *Cod.* ... quæ verissima præd. II. sententia est, Joann. & Azoni jam olim probata, a quibus male major pars ... recessionem fecit. Et quamvis Bart. in *dict. l.* 12 §. 1. aliique citati a Menoch. *de ret. poss. rem. n.* 511. *cum seqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ.* Damhouderi *cap.* 45. *lit. B.* cum Martino *Glossatore*, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vide Menoch. *d. rem. n.* 359. *& seqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fachin. 8. *contr.* Diod. Tuld. *comm. hic cap.* 3. & 4. Christin. *vol.* 4. *dec.* 130. *n.* 3. *& seqq.* convenit *c. cum dilectus*, 6. *X de caus. poss. & prop.* & hanc sententiam usu receptam tradit. Christ. *d. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. Charond. 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissime excussimus *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam) Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l.* 1. §. 2. *h. t.* id est, interdicti reddicti, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, possidetis, &c. l.* 1. *in princ. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc. Uti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Lab. o.* 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio. Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* vero in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte huiusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore*, 156. *de verb. signif.* add. Paul. *sent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario) *L.* 1. *& pass. uti possid. l.* 1. *Cod. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio: non quævis, sed quæ vitiose, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus Prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l. seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ultim. de acq. poss.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere. VINN. Ad hæc possessionis vitia vel maxime attendebat Prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 2. *scen.* 3. Chærea ait: *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas*; eleganter addit Donatius, *secundum jus loquutus est. Nam his tribus mala fide aliquid possidetur.* HEIN.

Utriusque interdicti potestas exæquata est) (4) Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, a quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in *l. un* §. 1. *de utrubi*. Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ, sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit tamquam qui justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet* 9. *X de probat.* Eoque jure nunc fere utimur, ut post alios testantur Damhoud. *prax. civ.* 54. Menoch. *de retin. poss. rem.* 3. *n.* 714. *& seqq.* Wesemb. *par uti possid. n.* 5. & eleganter in *not. ad* Schneid. *in* §. *pen. h. t.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 3. Quod si æque obscura sint utriusque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. *ad d.* §. *pen. n.* 6. & ibi Wesemb. *in not.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue*, seu manutenentiam vocant, contendentes petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea fiduciaria possessio. Covarruv. *pr. qu.* 17. Aufer. *in styl. Parlam. tit. de caus. novit.* Masuer. *in pract. tit. de possess.* Ant. Fab. *C. sui lib.* 8 *tit.* 4. *defin* 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur, alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summatim judex cognoscit, uter possidet, quo tempore lis movetur, vid. Gail. 1. *observ.* 5. *&* 2. *seqq.* Menoch. *retin. poss. rem. ult.* Fachin. 8. *contr.* 15. Christin. *vol.* 4. *decis.* 142. *num.* 7. *& seqq.* VINN. Et hoc possessorium summarissimum male vulgo comparant interdicto *uti possidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc disceptetur de qualitate possessionis, ut ne quis possideat, an *clam*, an *precario*, sed tantum quæratur, quis jam in præsenti possideat? HEIN.

TEXTUS.

De retinenda vel acquirenda possessione.

4. *Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.*

NOTÆ.

4. *Deposuerit aut commodaverit*) Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seq. l.* 38. §. 6. *& seqq. d. tit.* per fructuarium, *l.* 6. §. 2. *de precar.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessione habetur, *l. ultim. uti poss. l.* 3. §. 13. *& seqq. de vi, & de vi arm.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid proprie sit possidere & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur?*
2 *Vetus controversia circa retentionem & omissionem possessionis: quæ a Justiniano sublata.*

4. *Etiam*

3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu?*
4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*
6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi & simul actu aliquo corporali.*
7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*
8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

(1) QUoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

Non solum si ipse possideat, sed & si eius nomine) Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12. *l.* 9. *& seqq. l. qui universas*, 30. §. *quod per colonum* 5. *& seqq. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem expediri non posse, *l.* 3. §. *creditores*, 8. *uti possid.* vide tamen Menoch. *retin. poss. rem. ultim.* Joann. a Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possit, quam superiores, §. 4. *vers. idem placet. sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l.* 6. §. 2. *de precar.* Placuit tamen inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *l. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.* 3. §. *unde vi*, 13. *& seqq. de vi & de vi armat.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu ususfructus perseverat. Cujacius 9. *observ.* 33. Donell. *d. l. unic. C. uti possessorum.* §. Joann. a Sande *d. defin.* 2. In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis juste, an injuste possideat, *l.* 3. §. *ex contrario*, 5. *de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modo ne injuste possideat ab adversario, *l. l.* 1. §. *ult. & l. seq. uti possid.*

In possessione sit) Recte *in possessione*. Nam aliud longe possidere, aliud in possessione esse, *l.* 10. §. 1. *de acq. possess.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ultim. supr. de ingen.* is possidet, cujus nomine possidetur; qui autem in possessione sunt, alienæ possessioni præstant ministerium. *l. quod meo*, 18. *princ. de acq. possess.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet) Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decendentibus possessio amittitur, inque eo veteres omnes consentiunt. (2) Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte e possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem a nobis retineri, *l. cum quis*, 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus, *l. si is ea*, 40. §. 1. *de acq. possess.* sententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. *si quis*, 8. *eod.* Cæterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l.* §. *sed etsi*, 9. quod & apud Julianum relatum est, *l. non solum*, 33. §. *qui pignor.* 4. *de usuc.* Papinianus hoc amplius discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre*, 44. §. *ult. de acq. poss.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem, & alius eam occupaverit, sive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. Cod. eod.* Dom. 5. *comm.* 12. Ant. Fab. *dec.* 4. *err.* 2. *& seqq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia Provincialis Frisiæ, teste D. Joann. a Sande *lib.* 5 *tit.* 4 *defin.* 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderint*, tradens æque ac deserens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. *n.* 17. *& seqq.* Eleganter D. Joann. Decker. *lib.* 1. *diss.* 3. *n.* 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l.* 1. §. *quod servus*, 22. *unde vi.*

Animo suo retineri possessionem) (3) Etiam solo animo retineri possessio potest, *l.* 4. *C. de acq. poss.* Itaque licet corpore quis e fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l.* 3. §. *sed etsi*, 7. *& seqq. l.* 6. *in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre*, 44. §. *ult. eod.* Idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia *l. possessio*, 49. *eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo dominos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti possidere desinimus, *d. l.* 3. §. *Nerva*, 13. Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. (4) Falso ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur, eum qui e fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox egressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane a ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo*, 10. *C. de acq. poss.* (5) Illud a vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. Covarr. *pract. quæst.* 17. *num.* 5. & alii citati apud Christin. *vol.* 4. *decis.* 152. *n.* 4. Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l.* 6. §. 1. *l.* 25. §. *ult. de acq. possess.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *dict. leg.* 3. §. *Nerva*, 13. *eodem*. Et ergo si dejectus nul-

nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente possessio ei minatur vel turbetur, sed vis ei fiat, quominus uti possidet jure, ita plane possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vid Joann. Fab. *ad præced.* §. Menochius *rem. ult. retin. poss. n.* 17. Christ. *de decis. n.* 6. ubi refert, non semel supremam Curiam Mechliniensem censuisse, possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem, quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus: & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis agere deberet. Anton. Fab. *lib.* 8. *C. sui, tit.* 4. *defin.* 8.

Secundo libro exposuimus Tit. per quas pers. cuiq. acq. ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem: adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l.* 1. *l.* 8. *C. de acq. poss.*

Animo solo adipisci possessionem nemo possit) (6) Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi, & simul actus aliquis corporalis, *l.* 1. §. 1. & 3. *l.* 8. *cum hæredes*, 23. *eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 23. *eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l.* 2. §. *pen. l. quod meo*, 18. §. 2. *l. quarumdam*, 51. *eod. l.* 9. §. *item si*, 6. *de acq. rer. dom. l.* 1. *C. de donat.* Falluntur enim, qui hujusmodi casus a regula exceptos putant, hic nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *dict. l.* 1. §. *pen.* & *d. l.* 51. Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l.* 3. §. *cæterum*, 12. *d. l. quod meo*, 18. *de acq. poss. l. ea quæ*, 53. *de acq. poss.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. (7) Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur, & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas*, 30. §. 1. & 4. *de acq. poss.* si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, *l.* 3. §. *quod Nerva*, 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *dict. l.* 2. §. *Labeo*, 17. si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi*, *l.* 3. §. *si quis*, 8. *in fin. l. si id quod*, 25. §. *ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *leg.* 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, *l.* 13. *eod.* (8) Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere; idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter a veteribus traditum est, *l.* 3. §. *in amittenda*, 6. *l. si quis*, 17. §. 1. & *l. seq. l. peregre*, 44. § 2. *eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l.* 8. *eod. l. fere*, 153. *de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat; semper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l.* 3. §. *in amittenda*, 6. Donell. *l.* 5. *comm. cap.* 13.

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus fuerit.* ***Nam*** *ei proponitur interdictum* unde vi: ***per quod is, qui*** *dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is* ***ab*** *eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus.) si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur; si alienam, post ejus restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. ***Fundi vel ædium***) Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l.* 1. §. 3. & *seq. de vi & vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ἐξέμης, 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit *l.* 1. *princ.* §. 32. & *seqq. l. pen. d. tit.*

Ex sacris constitutionibus) *L.* 5. *l.* 7. *C. unde vi*, vid. *sup.* §. 1. *de vi bon. rapt.*

Tenetur leg. Julia, &c.) *L.* 1. §. 1. *de vi & de vi arm. l.* 3. §. 2. *de vi publ. l.* 5. *de vi priv.* De pœna harum legum est in §. 8. *inf. de publ. jud.*

Sin autem armis) Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum* unde vi, *quibus quarum rerum nomine detur?*

2. De-

2 *Dejici quis intelligatur?*
3 *Etiam fructuario & usuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus hoc casu ex constitutione Constantini detur.*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in incontinenti rursum dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.*
6 *Quatenus, Canones hoc interdictum extenderunt, & de remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur.*
7 *Pœna invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Juliis.*

(1) AD recuperandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fuse declaratur ab Ulp. *l. 1. & l. 3. de vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejicitur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti ut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. §. 5. & seqq.* Idemque est si quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l. 1. §. si quis*, 7. Paul. *5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cum dejiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi: quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. princ. §. si fundus*, 32. *& seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter a dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ, & deperditæ fuerint; cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam a judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuat, quem jurejurando non liceat excedere, *l. si quande*, 9. *C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. possess. d. l. 1. §. sive autem*, 34. *unde vi*, Don. *ad d. l. ult. num. 9.* D. Tuld. *ad eumd. tit. C. n.* 4. Menoch. *recup. poss. rem.* 3.

Dejectus fuerit) Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum *unde vi*, competit, *d. l. 1. §. non alii*, 45. *unde vi*. Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur, sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. quod servus*, 22. *l. ult. eod.* Plane fructuario & usuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores possideant, *l. 3. §. unde*, 13. *& seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §. *præc.* Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui absentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, & hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam nomine domini absentis experiri permisit: & quidem nullo expectato domini mandato. cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss.* add. Menoch. *recup. poss. rem*, 5.

Cogitur restituere possessionem) Et præter possessionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. §. ex die*, 40. *& seq. si vi me*, 15. *unde vi*, *l. 4. Cod. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit) In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. *retinendæ*, 4. *supt. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vincit. (5) Nimirum in hoc interdicto visum est, dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, & ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §. eum*, 9. *eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possess.*, 17. *eod.* Cujac., Hotomann. *hic. Duar. 1. disp.* 20. id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui a me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib. sent. 6.* significare his verbis: *Qui vi, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quacumque a quocumque dejectus est, teste Dom. Menoch. *recup. poss. rem. 1. n. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l. 7. unde vi*. Canones autem id ostenderunt etiam adversus tertium spolii possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sæpe*, 18. *de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur Menochius *recup. poss. rem*, 15. *q.* 13. (6) Iidem Canones & pinguis remedium possessionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegrandæ*, 3. *qu.* 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, in foro quoque sæculari obtinet. De quo vid. Menoch. *d. rem.* Gail. *observ.* 75. Mynf. 3. *observ.* 85. Cacheran. *decis.* 93. Anton. Fab. *Cod. sui, lib. 8. tit. 3. defin. 1. & passim*, Christin. *vol. 4. decis.* 135. *num.* 17. *& sed decis.* 140. *n.* 4. *& seqq. & decis. seq. n.* 4. *& deinceps*. Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complainte*, ut vocant, docet Merula, *lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. c. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instruct. Cur. Holland. art. 39. & seq.*

Ex sacris constitutionibus) Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnam sustinet: tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l. 5. l. 7. unde vi*. Eademque pœna postea placuit etiam mulctandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, a quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec a judice condemnentur, *l. non abs re* 20. *Cod eod.* de quo plura dixi *sup. ad princ. de locat.*

Ut

Ut supra diximus) §. 1. *vi bon. rapt.* ubi didicimus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum a Prætore, tum legibus & principum constitutionibus, obiter notavimus, *sub rub. eod.*

Lege Julia de vi) Ne quid per vim amittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata prospectum, *l.* 1. §. 2. *unde vi*. Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulsit, *l.* 3. §. 2. *de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l.* 5. *de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius Reipubl. est armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex*, 8. *insr. de publ. jud.*

Armorum appellatione) Vid. *l. armorum*, 41. *de reg. sign. l. armatos*, 9. *de vi publ. l.* 3. §. *unde vi*, Ciceronem in Or. pro *Cæcinna*.

TEXTUS.

Divisio tertia.

8. *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actoris est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui; reus autem is est, a quo desideratur, ut restituat aut exhibeat. Prohibitorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum Prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti* uti possidetis *interdictum &* utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque ligatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. *Cum Prætor prohibet in loco sacro &c.*) Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis?*

Tertia hæc divisio sumpta est a personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei, qualia sunt, in quibus Prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inde eum locum immutas. Quem liberum dolo malo retines exhibes.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti possidetis, quominus ita possideatis, &c. Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l. 1. in princ. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l.* 2. *princ. hoc tit.*

Duplicia sunt, veluti uti possidetis, & utrubi) (1) Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *leg.* 1. *princ.* & §. 2. *de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *l. actionis* 37. §. 1. *de oblig. & act.* Paulus *l.* 2. *hoc tit. in fin.* scribit etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujac. 4. *observ.* 11. negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat, & ad possessionem jam primum adipiscendam, & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis*, vel transferenda esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, a quo quis possessione pulsus, *l.* 2. §. 3. *illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio) Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus* 13. *de judic.* Idque non tantum quoad litis ordinationem, sed tamen quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi. DD. comm. in *d. l.* 13. Schneid. *hic num.* 5. & *ibid. in not.* Wesemb. *vers.* 4. *decis.* 142. *n.* 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*) Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta?*

Hic locus a me expositus est *supr. princ. hujus tit.* pro *exitu* Hotomanno legendum videtur *ritu*: ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis id eum dicere Imperat. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quam ritus & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de ritu*, id est de effectu. Sic exitu actionis, *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controversia possessionis, *l.* 35. *de acquir. poss.* Theoph. περὶ τῆς τάξεως καὶ ἀποτελέσματος.

Qualia sunt hodie omnia judicia) Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur; quo more Prætor adi-

alius non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l.* 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ, de quibus ipse Prætor ex officio cognoscere ent debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinariorum fiebat, & ab ipso Prætore, inde illæ causæ dictæ sunt Prætoriæ & extraordinariæ, *titul. de extraord. cognit.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *leg.* 2. *Codice de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Aliqua certe postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ a magistratibus exercerentur, extraordinaria vocari. Respond. quæ scripsimus *ad princip. supr. de actionib.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, si jam interdixerat Prætor, & adversarius negabat, recte & jure interdictum esse, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores, vel judices dabantur, *leg.* 1. §. 41. *ff. de vi & vi arm. l.* 3. §. *ult. ff. uti poss. leg.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cicero pro *Cæcin. cap.* 2. 8. & 17. Quintilian. *Institut. Orat. lib.* 8. *cap.* 5. *lib.* 12. *c.* 10. Frontin. *delimit. agr. pag.* 41. & *ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS DECIMUS SEXTUS.

DE PŒNA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris, tum rei, non inconveniens Justiniano visum est aliquid subjungere de pœna, qua coercentur, qui eo jure abutentes vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent; quod & nobis studio est. Ideo eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pæna, modo jurisjurandi religione, modo infamiæ metu coercetur.

NOTÆ.

Qui jura sustinebant) Id est, legumlatores, magistratus, Jurisperiti, *l.* 21. *de reb. credit.* l. 13. *Cod. de jud. c.* 2. *&* *de sentent. & re jud.* Sent. *in Vesp. c.* 10.

Modo pecuniaria pæna) Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt: §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. tit.*

Infamiæ metu) Ut in judiciis famosis, §. 2. *infr. eod.*

Sed & φιλόδικοι infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Causæ litium præcidendæ: lites exortæ statim sopiendæ: temere litigantes coercendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbet, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur: cujus rei uti in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates; sed etiam ut a litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque instituta fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni veram bonamque causam haberent*: quarum frequens mentio apud Ciceronem, cum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid intersit ex Verrone, Festo, Asconio docet Hotomannus *in Quintiana.*

Modo pecuniaria pæna) Temeritas litigandi, & mulcta pecuniaria & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Mulctam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ infitiando crescunt, quales sunt, damni injuria dati, depositi miserabilis piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum sub §. *si quis agens* 33. *supr. de action.* Jusjurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, ὅτι τὸ μὲν ἀντιλαβέσθαι ... ἢ συμπεθῆναι τῷ καλῷ, ... ἢ ... μέγα ἦ φοβερόν. Theod. Hermop. *ad l.* 104. *de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 1. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomina agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio, veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his & aliis quibusdam causis, sive qui neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia iurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset, sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores mulctabat; quod nusquam factum esse invenimus, sed pro his introductum est & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

N O T Æ.

1. *Constitutione nostra*) Extat in *l. 2. C. de jurejur. prop. calumn. dand.*

Putans se bona instantia uti) Id est reus jurat, se δικαίαν νομίζων τὴν αὐτοῦ ἔνστασιν εἶναι τὴν δίκην. *Nov. 49. cap. ult.* §. 1. Est igitur instancia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, ἐνίστασθαι, contradicere, ἀντιλέγειν, Theoph.

Vel tripli) Theoph. εἰς τὸ τετραπλοῦν: *in quadruplum* Sed hæc verba, *vel tripli*, & apud Theoph. εἰς τὸ τετρ expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est. Cuiac. Hotomann. Fabrot.

Actoris quoque calumnia) Jurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *dict. leg. 2. C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

C O M M E N T A R I U S.

1 *Jusjurandum calumniæ a Justiniano revocatum qui præstent, & quale id sit?*
2 *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

(1) Jusjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum, *l. inter cohæred. 44. §. qui familiæ 4. fam. ercisc.* in desuetudinem postea abiisse videtur. Justinianus revocavit, *l. 2. l. 6. C. de jurejur. propt. calc. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum, actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotiis facessendi causa actori contradicere, sed quod putet, se bona instantia, uti & juste inficias ire. *Nov. 49. c. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare, se δικαίαν νομίζων τὴν αὐτοῦ ἔνστασιν ἐν τῇ δίκῃ. Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posset, qui non obtinuit. Perez. *ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosve esse, *Nov. 49. auth. hoc Sacramentum, & auth. in isto, C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. Principales C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administratoribus, *d. l. 2. §. 2. & seq. junct. de auth. principales.* Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel moribus non patiatur litigatorem ad Tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurare; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *cap. cum causam 6. de jur. calum. c. 3. §. penult. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 8. in fin.* Gail. 1. *obs. 83. & seqq.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c. 4.*

Adversus inficiantes ex quibusdam causis) Ex damni injuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, *§. sed furti 26. sup. de act.* ubi hac de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli) Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testatur Cuiac. Hotomann. Pacius.

Pluris quam simpli actio est) Ex furti causa iis etiam sine inficiatione pœnam affert: Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

(2) *Utriusque etiam partis advocati*) Etiam a patronis causarum seu advocati jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet, exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi conscios esse, nullam se operam, nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. princ. Cod. de jur. propt. calumn. l. in rem non novam 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obstante pracedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *c. cum causam 6. de jur. calumn. c. 2. eod. in 6.*

(3) *Pro veteri calumniæ actione*) Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, mulctabantur, *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Justinianus, licet desuetudine jam obliteratam. Eamdem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est. *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisdatione fieret.

Damnum & impensas) Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, *leg. cum quem 79. de jud. l. properandum 13. §. sive autem 6. C. de jud. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. cap. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam: ut enim vere de calumnia juraverit, nihil minus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, *d. l. eum quem 79. de judic.* Plane si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis placet, hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *dict. Novell. 82. cap. 10. auth. post jusjurandum in fin. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur; neque tam ex jure scripto, quam ex usu judiciorum peti debet. Conf. DD. *in dict. loc. eum quem 79. de judic. & dict. loc. properandum 13. Cod. eod.* Covarruv. *pr. q. num. 5.* Viv. *lib. 1. opin. 425.* Menoch. *arb. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35.* Gail. 1. *observat. 151. & seqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviss. c. 13.* Dom. Fulden. *comm. hic cap. 3.* Christin. *vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat.* Sichard. in *d. l. properandum 13. §. sive autem 6. & in l. sancimus 15 C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas, etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut

hic

hic textus expresse docet: sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt. Sichard. *ad dict. leg. sancimus* 15. *n.* 9. *& seq.* Thesaur. *lib.* 67. Quid si victor propriam causam egerit; etiamne hic salarii ratio habenda? Vid. Mynf. 1. *obs.* 2. Gail. 1. *observ.* 151. *n.* 16. Trentac. *princ.* 2. *resolut. tit. de postul.* 13. Gudel. *de cap.* 13. Christin. *vol.* 2. *decis.* 102. *n.* 1. Illud enim tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *d. Nov.* 82. *c.* 10. Nic. Valla *de reb. dub. tract.* 1. *n.* 18. Gudelin. *c.* 13. *vers. cæterum*. Sichard. *ad d.* §. *sive autem* 6. *n.* 18. ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post Salic. *ib.* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. Sichard. *in d.* §. *sive autem* 6. *n.* 16. Gudelin. *d. c.* 13.

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. (4) Nam neque lis ulla nunc infitiatione duplatur, & vis jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. D. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. c.* 8. *in fin.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 8. *c.* 1. Wesemb. *par. de jurejur. n.* 9. Christin. *volum.* 2. *decis.* 141. de quo quæritur D. Diod. Tuld. *lib.* 4. *de caus. corrupt. jud. cap.* 1. Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii a litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est; nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusiurandum judiciale defert, *l. jusjurand.* 34. §. 4. *de jurejur.* id moribus adhuc obtinet Wesemb. *d. n.* 9. Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur, sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. *d. cap.* 8. *in fin.* Mer. *d. tit.* 8. *c.* 3. *&* 4. quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Inst. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque judices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam* 14. *in princ. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. Hoc sacramentum C. de jurejur. propt. cal.* Wesemb. *ad tit. C. de ord. judic. n.* 5. Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse *Nov.* 112. Gudelin. *d. l.* 4. *cap.* 13. *in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis, & cætera damna adversarii, ea fere hodieque obtinent, nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint, non quod judex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint: sed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in *d. l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *C. de judic.* censent, & usus judiciorum recipit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoque modo jus & justitia administretur*. Gail. 3. *observ.* 251. Mynf. 4. *observ.* 55. Damhoud. *prax. civ. cap.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tuld. Merul. *d. sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 15. Gudelin. *d. cap.* 13. Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit: ac demum judex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita, modum earum constituit, *artic.* 91. *& seq. Instruct. Cur. Holl.* Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 15. *& seq.* Gudelin. *dict. c.* 13. *vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulctantur hoc modo. Qui in oppidis apud Baillivum & Patres, & Curiæ litem temere aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium: in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Justit.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere promovet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211. *Instr. Cur. Holland.* & a Curia temere appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *artic.* 232. *Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiarios; add. *noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

TEXTUS.

De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & recte: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

2. *Directis, non contrariis actionibus*) *d. l.* 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur; sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l.* 6. §. *ult. l.* 5. *depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 5. *depos.*

Sed & pacti) *d. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. d. tit.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l.* 5. *eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari, *dict. leg.* 6. §. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Judicia civilia ex delicto, quæ qua conditione concurrente famosa?*

2 *Famosam non esse actionem quod met. caus. neque interdicto, neque condictione, quamvis ex famosis causis.*

3 *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa?*

4 *Cur non omnia judicia famosa?*

5 *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia*

famia datur in iis, quæ ex contractibus, non item. & cur tam varie.

PŒna infamiæ non tam temeritatis pœna est quam doli, & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatus infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

(3) *Veluti furti*, &c.) Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vera quæ non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l. 6. §. 1. eod.* Addit Prætor in edicto, si damnati sint nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores, & curatores, qui alieno nomine conveniri, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ notam non subeant, *d. l. 6. §. 2.* Famosa quoque sunt judicia sepulcri violati, *l. 1. de sepulcr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. five, 11. C. ex quib. caus. infam.* item actio quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se asseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l. notatur, 15. cum 4. seqq. eod.* 2. Actio autem quod metus causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. 15. comm. 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque, 13. unde vi.* Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Hotom. *hic* Illud constat, in contractionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis descendant, *l. cessat, 56. de obligat. & action.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, *per leg. pen. de cond. furt. l. rerum, 26. de act. rer. amot.*

(3) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant, si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua, si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *leg. 1. l. 4. §. ultim. de his qui not. inf.* ex qua intelligimus, notari eos solum, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic fructum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnatur, sed procurator ejus, *l. 1. C. de sent. & interlocut.* neque tamen notatur procurator, qui condemnatur alieno nomine *d. leg. 6. §. 2.* De hærede quoque ideo eodem loco dicitur. Quamvis enim & heres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & litis contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeant, *leg. 12. l. omnes, 26. l. ex contractibus, 49. de obligat. & act. l. Labeo, 157. §. ult. l. pœnalia, 164. cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam subeat, cum non suo nomine, nec ex suo dolo, & delicto, sed ex alieno condemnetur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem sed in dominum dirigitur. Dom. Tulden. *in tit. C. de sentent. & interloc. num. 4.* Christin. *vol. 4. decis. 91. n. 16.* Merul. *lib. 4. distr. 1. sect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possint lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita teneantur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatur, *l. 5. §. ult. de his qui not. infamia, leg. 5. depos. §. suspectus, 6. de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum, 42. de verbor. signif.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. leg. 1. de his qui not. infam.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. leg. 6. ult. eodem tit. dict. l. g. 5. depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia, ut in specie *d. l. 6. §. ante penult. de his qui notat. infam.*

(4) *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*) Quid ergo? An reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cum Prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaveritque, haud dubie in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque vero defuit Prætori sua ratio, cur quatuor illa a cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiose gerit, fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium constitutum esse, quam furti, propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet: add. Coras. 4. *miscell.* 19. Donel. v°. *comm.* 8. Hodiernis moribus nullam tam ex causa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogari, vid. Bern. Autum. *confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam.* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenw. *de legib. abrog. hic.*

(5) *Sed & pacti*) Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 5. §. ult. de his qui not. infam.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur. *leg. 5. eod.* confessus autem pro judicato est, *l. 1. de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quantocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actibus vero, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur, quoniam in his causis non tam turpis est pactio; & potius hic de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod Ulpianus ait in *l. si reus 73, de procur.* reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut

aut eo recusante accipere, si oblatam quam accipere debuerit: quamquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt. Vid. quæ notavimus sup. §. *in summa* 10. *de injur.*

TEXTUS.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, quæ Prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte Prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso Prætore postulaverint, & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

NOTÆ.

3. *Actionum instituendarum*) in jus vocatio principium est judicii instituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exe. rei judic.*

Parentibus & Patronis) *L. 4. cum seqq. de in jus voc.* §. 12. *sup. de act.* Macrob. 7. *Saturn.* 5. *Ab auctoritate vestra tamquam ab edicto Prætoris imperata venia.*

Solidorum quinquaginta) *L. pen. d. tit.* Quod si libertus inopia laboret, a præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

COMMENTARIUS.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii?*
3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid intersit inter citare, & in jus vocare?*

CONcluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; docet urque actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

(1) *Actionum instituendarum principium*) Processus judiciarii partes sunt quatuor: ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt Impp. in *leg. 1. C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta sententiæ executio, quæ tamen ab ordine de quo ad eam pervenitur, secerni potest. (2) Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt. sed hoc alii & plures negant: quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius*, 15. *ratam rem hab.* Gail. 2. *observ.* 48. & 74. Wesemb. *par. de judic. n.* 6. Christin. *vol.* 2. *decis.* 149. *n.* 12. *decis.* 155. *n.* 9. Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. Wesemb. *ad rubr. Cod. de judic. n.* 19. Cagnol. *ad rubr. Cod. de edend. n.* 21. & 24. aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ etiam apud judices pedaneos expediebantur, nempe processum judicii a lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. Menoch. *spectatur. pag.* 5. *n.* 2. Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & vere pars judicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore proprie judicii pars non est, quamquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basim & fundamentum processus, Gail. *dict. observ.* 43. & *dict. observ.* 74. *n.* 1. (3) Effecta in jus vocationis hæc fere sunt. 1. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *leg.* 7. *de judic.* 2. Quod perpetuat jurisdictionem judicis delegati, ita ut, ut is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum*, 20. *de offic. deleg.* 3. Quod post citationem in actionibus in rem, res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa C. de litigios.* vide Covarruv. *pract. quæst.* 15. *n.* 6.

In primis adversarius in jus vocandus est) Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *leg. 1. de edend. auth. offeratur, Cod. de lit. cont.* (4) Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso, nihil cognosci, nihil statui posse. & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *leg. Cod. de sent. & interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clement. pastoralis de re judic.* Petr. Greg. 48. *syntag.* 2. *n.* 28. Damhoud. *prax. civil. cap.* 54. *n.* 3. Gail. 1. *observ.* 48. & *de pac. publ.* 5. *num.* 6. Merul. *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 1. *tit.* 4. *c.* 1. Christin. *vol.* 2. *decis.* 89.

Qui jus dicturus sit) In jus vocare est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *leg. 1. de in jus voc.* & *hoc text.* Judicem igitur ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l.* 3. §. 1. *ne quis eum, qui in jus voc.* Additur in *d. l.* 1. *juris experiendi causa*: qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in judicium vocatur. (5) In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres: qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sane verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex Merul. *lib.* 2. *tit.* 1. & *lib.* 4. *dist.* 4. *sect.*

sect. 1. *tit.* 4. *cap.* 1. *& seqq.* Gail. 1. *obs.* 47. *& seqq.* *& obs.* 74. *n.* 16. *& seqq.* Mynsing. *6. obs.* 10. Christin. *vol.* 2. *dec.* 80.

Parentibus & patronis) Hac de re copiose explicatum est sub §. *parentis*, 12. *supr. de action.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid litis contestatio? An ea a parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur? ejus effecta, & quibus in causis necessaria.

SI is, qui in jus vocatus est, neget quod intendicur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & a veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur; de quo ritu vid. Petr. Fab. 2. *semestr.* 24. Revard. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *obs.* 21. Per litis contestationem potestas fit judici de re cognoscendi & judicandi; ante nihil cognosci, aut definiri potest. Nov. 53. cap. 4. vers. tit. ... *ut lit. non cont. non proc.* Itaque sic recte nunc definitur, ... veteris contestatio sublata est, licet nomen manserit; negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam.* 14 §. 1. *C. de judic. leg.* 2. *Cod. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quaelibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quae statum causae judici demonstrat: Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, *dict. leg.* 15. §. 1. *C. de judic.* Vigl. *de lit. contest.* n. 1. Oberecht. *cap.* 2. *n.* 16. *& seqq.* D. Perez. *ad tit. C. eod. n.* 3. *&* 5. Et inde igitur Glossa in *cap. un. ext. eod.* Sichard. *in rubr. C. eod. n.* 5. Merul. *lib.* 5. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 6. *cap.* 1. statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci, nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaege, de grant. ... ... est, en de conclusie genomen, ... conclusie ... ...*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l.* 15. *rat. rem hab. l. lite*, 35. *de usur. junct. leg.* 1. *Cod. de jud.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii proprie & stricte accipimus, & a DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congesserunt, Gail. 1. 1. *obs.* 76. *&* 2. *seqq.* Merul. *d. tit.* 7. *c.* 2. *in C. de lit.cont. n.* 8. & D. Fab. *eo. n.* 3. Sunt autem fere haec 1. Per litis contestationem lis tum res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quae alias tempore aut morte periturae essent, semel judicio inclusae, salvae permanent, §. 1. *supr. de perp. & temp. action. l. omnes*, 26. *l. sciendum*, 58. *de oblig. & action. l. nemo*. 87. *l. omnes*, 139. *de reg. jur.* 3. Actiones, quae alias triginta annorum spatio circumscribuntur, post litis contestationem omissae, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de praescr. trig. annal.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit praestationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum quod nostrum non fuit, *l. videamus*, 38. §. *si actionem*, 7. *de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *leg. non solet*, 86. *cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *leg. ubi acceptum*, 30. *de judic.* & retinet in conjuncto, ne causae continentia dividatur, *leg. nulli*, 10. *C. dict. tit.* adeoque actorem petitioni mutuae (reconventionem vocant Pragmatici) obnoxium reddit, *leg. qui cogitur*, 22. *eod. tit. l.* 14. *& auth. Et consequenter. C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quamquam sunt quaedam causae, quae contestationem non desiderant, quales sunt causae appellationis, summariae, notoriae, & ubi periculum in mora. Myns. 1. *obs.* 1. *&* 38. *& obs.* 74. Gail. *d. d. l. c.* Merul. *d. tit.* 6. *c.* 2. Christin. *vol.* 2. *decis.* 155. *n.* 2. Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit, de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Superest, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.

NOTAE.

De officio judicis) Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quaeritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohaeret potestas exequendi, quae mixtum imperium nostris dicitur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. jurisd. l.* 3. *de jurisd.* alterum nudae notionis, causae cognitione, & sententiae dicendae potestate circumscriptum, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.*

Nec aliter quam legibus) *L.* 13. *C. de sent. & interloc. auth. jubemus Cod. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *cap.* 2. *dist.* 4. *postquam leges latae sunt; non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est, & Nov.* 146. *c.* 2. jubentur judices, ... *legibus cognitam edere sententiam*, in quas jurabant Athenis & Romae.

Aut constitutionibus) Sententia, quae expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve praescripta, ideo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quae sent. sin. prov. l.* 2. *C. quand. prov. non est nec.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus haec consistant?*
2 *Causae cognitio quid, & quibus in rebus consistunt.*
3 *Officium judicis in judicando quale?*
4 *Quae sententiae nullius momenti: quae item licet injustae, valeant nisi provocetur: & quid circa haec in Belgio.*
5 *Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat?*

6 *Omnes*

6. *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere. & secundum quæ jura judicetur in his provinciis?*

ALiud est veteribus Officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis; Illud Interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent; minores facilitate sua læsos in integro restituere, *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum possessionem dare: in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere: judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione, *l. 1. l. 4. de jurisd.* sententiam judicum a se datorum exequi, *l. a Divo, 15. de re jud.* multam dicere, pignora capere, *l. 1. si quis jud. non obtemp. l. 4. § 1. de damn. infect.* Sic hodie cum magistratus non servato judicii ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc autem proficiscitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. *Cujden. in præfat. Class. Cod. de offic. jud.* D. Tulden. *hic c. 1.* Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere, *leg. 9. Cod. de judic.* dare & moderari dilationes; *tit. leg. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali, *§. 1. supr. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus *leg. de qua 10, 74. de jud. leg. qui per collusionem, 40. §. ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *leg. judex, 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maxime spectant; causæ cognitio, & judicatio. (2) Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Vestr. 3. *pr. aul. Rom. c. 3. num. 7.* & *Gravat. ad Vestr. ibid.* Consistit autem in iis rebus, ut judex negotiis veritatem examinet, deinde & judicet; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *leg. 3. de in integr. restitut.* cognoscitur autem causa ex iis quæ a litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi: inde expendenda, quæ ad probationem adferuntur; neque id perfunctorie ac summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet, *leg. 3. §. 4. de Carb edict. l. 15. §. 4. de re jud.*

Consule de causis summarii Judicii & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Roman. lib. 5. cap. 1. & seq.* Damhoud. *prax. civ. c. 22. & seq.* Mens. 3. *observ. 10. & observ. 16.* verum ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *leg. 9. Cod. de judic.* & ibi DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet, seu sententiam ferat, *l. de qua, 74. de jud.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

3 *Nec aliter judicet, quam legibus*) Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare; quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc text. l. nemo, 13. Cod. de sent. & interl. auth. jubemus Cod. de jud. Nov. 126. c. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἀκολούθως ἐκφέρειν ψῆφον, *legibus cognitam edere sententiam.* Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *cap. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum.* Potest sane judex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet; quinimmo id facere jubetur, *leg. benignius, 18. de leg.* atque in re omni æquitatis potius quam stricti juris rationem habere, *leg. 8. Cod. de judic. Scriptum sequi,* ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris est, boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* At enimvero si & ipsa legis verba & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis a generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in *leg. prospexit, 12. §. 1. qui & a quibus man.* hic judex non potest prætextu æquitatis a verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat: quod solius est Principis, hoc est cujus est & legem condere, *leg. 1. leg. ult. Cod. de legib.* Gudelin. *lib. 5. de jur. nov. c. 2.* (4) Sententia contra formam juris lata nullius momenti est, veluti quæ causa non cognita, aut non publice & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. Cod. quomodo & quando judic.* quæ ex scripto recitata non est, *Cod. de sentent. ex brevic. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *leg. 3. Cod. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata, *Cod. de sent. quæ sine certa quantit.* quæ lata est contra rem judicatam, a qua provocatum non est, *leg. 1. quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, senatusconsulta, aut constitutiones data, *l. si expressim, 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ sent. sin. appell. leg. 2. Cod. quod prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *d.d. ll.* Sed quia si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *leg. prorsus, 27. leg. cum prolatis, 32. de re judic. dict. l. 2. Cod. quando prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *leg. ultim. Cod. sent. resc.* Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam sententiam in hypothesi injustam esse: quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum a se peti posse ex constitutionibus, judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperite & injuste faciat, rei tamen judicatæ standum esse respon-

sum

sum est, *dict. leg. præses*, 27. junct. *dict. leg. cum*, *pro-latam*, 32. *de re judic.* Diversa causa est, si pronunciasset, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnaret; qualis sententia cum non solum [illegible] sit, sed etiam [illegible], de lege ipsa & contra eam directo lata ipso jure nulla est; & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *dict.* [illegible], 19. *de appellat. dict.* l. 1. §. 2. *quæ sententiæ sine appellat.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *adde l.* 2. *Cod. quand. provoc. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Alii de tota hac re, Vant. *de null. ex defect. proc. n.* 118. *& num.* 122. *& seqq.* Zal. Dear. & DD. *in d. leg.* [illegible], 27. *de re jud.* ubi recte observant, verba *condemnamus contra legis sacras constitutiones*, non esse judicis pronunciantis, sed Jurisconsulti casum referentis. Vid. D. Christin. *vol.* 4. *decis.* 115 ubi post D. Leon. *consil.* 3. *num.* 7. notat, *rubr. quand. provoc. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem *eodem loco* & *vol.* 1. *decis.* 16. *num.* 6. ex Imbert. Rebuff. Burgnion & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diodor. Tulden. ad *hit. tit. Cod. in fin.* sententias judicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu judiciali seu quæstione juris quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam ferat, tametsi a litigatoribus aut eorum advocatis non alligetur aut probetur, *leg. unic. Cod. ut quæ des. adv. jud. supr.* & ibi Doctor. In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta, & probata judicandum, *leg.* 6. §. 1. *de offic. præsid.* Proinde reus convictus condemnandus, non convictus, etsi ipse nihil praestiterit, absolvendus, *l.* 4. *C. de edend. l.* 9. *Cod. de obl. & action.* nec quod deest in facto, judex supplebit, *argum. d.* [illegible] *unic. Cod. ut quæ des. advoc.* ubi Glossa & DD. nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumentis, quo probata [illegible] appareat. Ramshin. *in notis ad Guid. Pap.* 222. Christin. *vol.* 2. *decis.* 165. n. 1. 5 Quoniam autem judex in judicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, *dict. l.* 5 §. 1. *de offic. præscript.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judici constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam [illegible], qui [illegible] innocentem, condemnet. [illegible] in *cap. Pa*[illegible], 26. §. *quia vero* [illegible] *C. ut quæ dec. adv.* [illegible] *l.* 5. §. [illegible] *quæst.* 66. *num.* 2. [illegible] *num.* 42. *& seqq.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 14[illegible]. *num.* 21 *& vol. m.* 1. *decis.* 4. ubi plures [illegible]. [illegible] videtur ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conscientiam. [illegible] jubetur judex [illegible] secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest [illegible] judicare secundum conscientiam. Quippe [illegible] Juris est [illegible] facere. Cui autem [illegible] facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *leg.* 3. *de test.* & prout religio suggerit sententiam proferre, *l. cum quem*, 79. §. 1. *de judic.* Jam vero si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas; ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *dict. lex* 6. §. 1. *de offic. præs.* nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa esse sciat; maxime si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est, a quo provocari potest, satius est, eum a judicando abstinere, & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temere publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consent fere Coras. 4. *misc.* 20. Hotomann. *illustr. quæst.* 37. D. Tulden. 3. *de princ. jurisp.* 6. *& in comm. hic cap.* 5. eoque etiam inclinare videtur Collat. *ad d. l.* 6. §. 1. *de offic. præs.* Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis, quibus nihil objici queat.)

6. *Legibus*, *constitutionibus*, *aut moribus proditum*, Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quamquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ Jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov.* 8. *c.* 12. nominatim de præsidibus pro injuriarum, omnemque [illegible] tollit *Nov.* 82. *cap.* 13. In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores has consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum, quod apud bonam partem Europæ observatum, tamquam ad [illegible] confugiunt. Gudelin. *lib.* 1. *de jur. noviss.* Christin. *vol.* 1. *dec.* 343. Grot. *l. manuduct. ad jurispr. Holland. cap.* 2.

T E X T U S.

De judicio noxali.

1. *Idoque si noxali judicio auditus est, observare debet, ut si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

N O T Æ.

1. *Noxali judicio addictus* [illegible]*, addictus*, vel *additus*, sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus seculi Justinianæi, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Wesemb.

COM-

COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *leg.* 1. *de re jud. l.* 3. *C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare*, 32. *supr. de act.* nisi natura rei petitæ obstet, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur. nam eodem modo condemnatio facienda, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, vid. *not. sub. d. §. curare*. Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium: quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit: dedendi autem facultas non a judice, sed a lege est, *leg.* 6. §. 1. *de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub.* §. 2. *de nox. act.*

Aut noxam dedere) Τὸν βλάψαντα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *supr. de nox. act.* Similis locutio est in *l.* 1. *in fin. princ. de his qui effud.*

TEXTUS.

De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorem judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus, restituendi causa petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem, etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.*

NOTÆ.

1. *Et sine frustratione*) Theoph. οὐ διὰ ἀναβολήν non moræ aut frustatoriæ dilationis causa. Reus frustrator non auditur.

Indulgendum est. In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *leg. ultim. Cod. de usur. rei judic.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pene) τὸ pene additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *leg.* 20. §. 3. *leg.* 4. §. 1. *dict. tit. leg.* 1. & 2. *Cod. eod.* Cujac.

Si prædo) *L.* 25. §. 3. & *seq. dict. tit. l.* 22. *Cod. de rei vind. l.* 33. *C. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l.* 23. §. 1. *l.* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom. d. dict. leg.* 25. §. 5 *de hær. pet.*

Post inchoatam petitionem) *D. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *Cod. de fruct. & lit. exp. l.* 4. §. 2. ¶. *fin. reg.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *dict. leg.* 25. §. 7. *l.* 10. *Cod. de long. temp. præscr.*

COMMENTARIUS.

1. *Tempus judicati indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos?*
2. *Qui possessores, quos fructus, quatenus restituere debeant, summatim.*

HOC §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis. doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus) Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cum omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *leg. Julianus*, 17. §. 1. *leg. præterea*, 20. *de rei vind.* Et porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei*, 40. *de rei vind. leg.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Nonnunquam possessori ob contumaciam manu militari, seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *leg. qui restituere*, 68. *de rei vind.* quomodo apud nos semper proceditur, *art.* 172. *Inst. Cur. Holland.* add. *not. sub.* §. *præterea*, 31. *supr. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *leg.* 13. §. *sive autem* 6. *C. de jud.* de quo explicatius *tit. proxe l. sub* §.

Cum fructibus) Etiamsi expresse petiti non sint, *leg. ex diverso*, 35. §. *de rei vind.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri; judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permissum est; quamvis Prætor nullam ejus in formulæ mentionem fecerit, *leg. plane*, 38. *de hæred. petit. leg. si reus*, 73. *de proc. l.* 9. §. 1. *de furt. leg. qui per collusionem*, 39. §. 1. *de act. empt.* adde Mynf. 4. *observ.* 45. Christin. *vol.* 2. *decis.* 105. *n.* 2. Vant. *de nullit. sent. ex defect. proc. n.* 97. ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tuldenus *comm. hic. c.* 8. & D. Perez. *ad tit. C. de rei vind. n.* 16.

(1) *Sed si possessor*) Si possessor causetur, sed non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur. *l. ult. C. de usur. rei jud.* Quippe res aliena, quam qui penes se habet facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum est; & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei

petitæ

petitæ æstimationem. Apud nos solum quodammodo habent induciæ triginta dierum, quod spatium Judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib. 20. cap. 1.* Idque adeo obtinere videtur in in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi communicandæ præterierit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationis decem dies, *auth. hodie*, *C. d. appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt: *Instruct. cur. Holland. art.* 198. *&* 206. Notat hoc Dom. Metul. *lib.* 4. *aph.* 4. *jud.* 5. *tit.* 7. *cap.* 1.

2 *Eadem circa fructus*) Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur, *leg.* 4. §. 1. *fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hær. pet.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *leg.* 20. §. 3. *l.* 30. §. 1. *d. tit.* quam ob causam forte mox addunt *To pæne*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l.* 40. §. 1 *l.* 29. *Cod. de rei vind.* teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti, honeste percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus*, 33. *de rei vind.* Nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *leg. bonæ fidei*, 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed. etsi*, 25. §. *si ante* 7. *de hæred. pet. d. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. expens.* Latius hæc explicui *supr.* 35. *de rer. div. & lib. jal. q. c.* 25. *& seq.*

T E X T U S.

De actione ad exhibendum.

3. ***Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit***, *si exhibeat rem reus, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras causæ usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis,* ***id est, ejus quod post acceptum ad exhibendum judicium,*** *ante rem judicatam intercesserit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris interfuerit, si ab initio res exhibita esset.*

N O T Æ.

3. *Ut etiam rei causam*) Id est, commoda rei externa, puta, foetus animalium, partus ancillarum, utilitates similes, &c. *l.* 9. §. *pen. & ult. ad exhib.*

Usucapta sit) *dict. l.* 9. §. 5. Nam ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *leg.* 18. *leg.* 20. *de rei vind.* licet præscriptiones temporum, *leg.* 1. *leg.* 2. *l.* 10. *Cod. de long. temp. præscr.* At hodie discrimen illud non obtinet, *leg.* 2. *leg.* 3. *C. de annal. exc.*

Sine frustratione) Id est, justa ex causa, *leg.* 5. §. *ult*, ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *leg.* 12. §. 4. *ad exhib.*

Ab initio res exhibita) Quod declaratur, *leg.* 9. §. *pen.* & *ult.* 10. *& seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; alias quanti res vere est, *leg.* 3. §. 2. *dict. l.* 9. §. *ultim. leg.* 5. *de in lit. jur.*

C O M M E N T A R I U S.

Actio ad exhibendum præcursio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potissimum introducta est, *leg.* 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l.* 3. §. 1. §. *sciendum*, 9. *cum seqq. & passim eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, *l.* 2. *eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *leg.* 1. §. *quantum*, 5. *eod.*

Ut rei causam) Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt; ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum sit idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *dict. leg.* 9. §. 3. Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *leg. si quis*, 17. *eod. l.* 7. *C. eod.* & ibi Sich. *num.* 5. 6. *seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra fit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l.* 9. §. *quantum*, 5. *l.* 10. *& seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta foetus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *leg. cum fundus*, 31. *de reb. cred. l. præterea*, 20. *de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res usucapta) *Leg.* 9. §. *proinde*, 6. *ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l.* 18. *d. l.* 20. *de rei vind.* quamvis effectu juris victo possessori non prosit: quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plane interrumpi, *leg.* 10. *C. de acq. poss.* *l. si.* *l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præs.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l.* 2. *& l.* 3. *C. de annal. exc.* vid. *supr. de usur.* §. *diutina*, 12.

Fructuum medii temporis) Commoda quoque rei externa, puta foetus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt. *d. l.* 9. §. *pen.* Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *dict.* §. *pen.* qui recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actio-

nem

nem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, ſed prius cognoſcat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Claſſ. 3. act. 1. q. 7.* Sich. *in rubr. C. ad exhib. num.* 8.

Tempus exhibendi cauſa petat) Si poſſeſſor in præſentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex cauſa tempus a judice indulgetur, nempe petenti ſine ſatisdatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Cauſæ hujus generis indicantur, *leg. 5. §. ult. ad exhib.*

Quod ſi neque ſtatim) Si poſſeſſor exhibere juſſus, neque exhibeat, neque ſe exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum eſſe in id, quod actoris intereſt, hoc eſt, in id omne, quod vel habere potuit, ſi res ab initio exhibita fuiſſet. Quod declaratur *dict. leg. 9. §. penult. & ultim. leg. 10. & ſeq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æſtimatio: adverſus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi deſiderat, in litem juraverit; adverſus cæteros, quanti res vere eſt, *leg. 3. §. 2. dict. leg. 9. §. ultim. eod. l. 5. de in lit. jur.* Uſus hujus actionis hodie rarior eſt. De quo Chriſtin. *volum. 2. deciſ. 191. num. 3.*

TEXTUS.

Familiæ erciſcundæ.

4. *Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet; & ſi in alterius perſona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia (ſicut jam dictum eſt) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quiſque ſuo condemnandus eſt, quod ſolus fructus hereditarii fundi perceperit, aut rem hæreditatam corruperit, aut conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quam duos cohæredes ſubſequuntur.*

NOTÆ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*) Vel quod cohæredes in rem communem neceſſarias impenſas fecerit: quæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus dictum *ſupr. §. 3. de oblig. quaſi ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum eſt, ſententiam debere reſpondere petitioni, & conformem eſſe libello: quod a jure non abhorret, ſi ſane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari ſententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in judicium deducta eſt, cujus judicatio judici permiſſa, *leg. ut fundus, 18. comm. div. l. ult. C. de fideicom. liber.* Gail. *1. obſ. 66.* Schneid. *in §. curare, 32. ſup. de action. num. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non uſquequaque obſervatur, ut intelligamus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permiſſæ.

Singulas res ſingulis hæredibus) Judicium familiæ erciſcundæ duo continet, rerum hæreditariarum diviſionem, & quaſdam præſtationes perſonales, quibus ſcilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius eſt. In rerum diviſione hæc obſervare judex familiæ erciſcundæ debet, ut res ſingulas ſingulis hæredibus adjudicet, ut hic ait Juſtinianus. Quod tamen non ita accipiendum, quaſi ſemper & neceſſario hæc ratio diviſionis ineatur; nam ſi fundi hæreditarii commode per regiones diviſi poſſunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur: ſed quoniam in pleriſque rebus hæc diviſio commodiſſima eſt.

Debet hunc invicem) Cum impar adjudicatio eſt, is, cujus pars præponderat, viciſſim incertam pecuniam conſorti damnandus eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, *leg. Mævius, 52. §. 2. l. ſi familiæ, 55. famil. erciſc.*

Eo quoque nomine) Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciſcundæ condemnandus eſt, quod ſolus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, conſumpſeritve, vel quod cohæres in rem communem impenſas fecerit, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, *leg. & puto, 16. §. penult. leg. hic conſequenter: 18. §. 3. l. hæredes, 25. §. ſi unus, 15. §. item culpæ, 18. §. inter cohæredes, 44. quod ex facto, 5. fam. erciſc.* Atque hæ ſunt hujus præjudicii præſtationes perſonales, de quibus fuſius alibi explicatum eſt, *ſupr. de oblig. quæ quaſi ex cont. §. ſupr. de act. §. quædam, 20.*

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. *Eadem interveniunt, etſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de una re, veluti de fundo: ſi quidem iſte fundus commode regionibus diviſionem recipiat, partes ejus ſingulis adjudicare debet, & ſi unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, vel ſi homo forte, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adjudicandus eſt, & is invicem alterius pecunia condemnandus eſt.*

NOTÆ.

3. *Partes ejus ſingulis*) Si diviſio prædii ſine cujuſquam injuria commode fieri poſſit, cuique ſua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. com. div.*

Veluti ſi homo) Hotom. Theoph. *vel ſi homo*, quod magis placet. Et ſi ſenſus, ſi res aut non commode, aut non omnino partes pro diviſo recipiat, veluti ſi agatur de ſervo, aut jumento, totam uni adjudicandum, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIUS.

JUdicium communi dividundo, ut fine eodem, ita iiſdem rebus conſtat, quibus judicium familiæ erciſcundæ, rerum ſcilicet communium diviſione, & iiſdem præſtationibus perſonalibus, *l. 3. commun. divid.* Atque hinc & in diviſione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præſtationibus perſonalibus, idem in hoc quoque judicio obſervatur, *dict. l. 3. l. 6. §. & ſeqq. eod.*

Quod de una re) Cum de re una dividenda agitur, ſiquidem ea commode dividi poteſt, veluti fundus per regiones, ſingulæ ſingulis portiones adjudicandæ, & ſi cujus portio major eſſe videbitur, is viciſſim ſocio in certam pecuniam condemnandus, *leg. 1. C. comm. div.* Quod ſi res partes pro diviſo non recipiat, veluti ſi agatur

agatur de servo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, leg. 3. C. eod. tit.

TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit, verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur: veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

6. *Furatus est*) Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l.* 4. §. 1. *eod.*

Contumaciæ quoque nomine) *Dict. leg.* 4. §. 3. Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

COMMENTARIUS.

JUdicium finium regendorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quam judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur: sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat: si quid amplius, id vicino restituatur, *leg.* 4. *princ. leg.* 8. *pr.* & §. 1. *fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, *leg.* 1. *eod.*

Uno casu necessaria) Si de finibus consistet per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodiri. Si turbati sunt, aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, a judice renovandi & evidentius distinguendi sunt, *leg.* 3. *de term. mot. cap. ex litteris* 3. *tit. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 8. *fin. reg. l.* 3. *Cod. eod.* Mynf. 6. *obser.* 27. Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem: & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adjudicatione & condemnatione *d. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. *eod.* De probatione finium adeundi Hieron. de Monte *tract. fin. reg. cap.* 50. & *seqq.* Mynf. 6. *obser.* 25. Wesemb. *per hoc tit. num.* 7. Christin. *vol.* 2. *decis.* 183. *num.* 5. & *seq.*

Evidentioribus finibus) Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovid. 2. *Fastor. v.* 660. de Deo Termino:

Omnis erit sine te litigiosus ager.

Circa fines aliquid malitiose) Duo hic ait Justinianus; primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l.* 8. *fin. reg. l.* 3. *C. eod.* Hieron. de Monte *d. tr. c.* 31. & *seq.* Mynf. 6. *observ.* 27. Christin. *vol.* 2. *dec.* 184. & *seq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulp. *l.* 4. §. 3. *eod.* In quid igitur comdemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam mulctam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei juris, sed magistratus est. De delictis admissis citra fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, *tit. de term. mot.* Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l.* 4. §. *si dicantur* 4. *fin. reg.* Sed e converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere: juxta *l.* 5. & *l.* 3. *de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est, sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine a judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse quanti is sua interesse juraverit: vel etiam, ut quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l.* 4. *Cod. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieron. de Monte *d. tract. c.* 34. & *seq.* D. Tulden. *comm. hic cap.* 6.

Lapides finales) Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι οἱ διαχωρίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

De Adjudicatione.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicandum est.

NOTÆ.

7. *Ejus fit, cui adjudicatum*) Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit.* 19. §. 15. Quod si per errorem de fundo alieno quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l.* 17. *de usuc.*

COMMENTARIUS.

QUod in tribus istis judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regendorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicandum est, id

isti

illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in *frag. tit.* 19. §. *adjudicati* ut 15. Quæ res magni erroris caussam præbuit Interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri, quod a veritate abest quam longissime; neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria illa judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet a potestate adjudicationis, quam lex 12. Tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis apud Ulp. *d. tit.* 19. cum vero extra illa judicia, adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo late Ant. Fab. *dec.* 98. *err.* 7. *& seqq.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod si dominium ex sententia judicis transferretur semper, necessario actionem judicati oporteret esse realem, quia rem suam extra condictionem furtivam nemo condicit, §. 14. *Instit. de act. leg. ult. ff. usufr. quemadm. cav.* Atqui personalem eam actionem esse inter omnes constat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. *Tit.* 1.

Ratio hujus tractationis.

ABsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quamquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & veluit quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

T E X T U S.

De differentia a privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus; magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

N O T Æ.

Neque per actiones ordinantur) Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

Magna diversitas & in instituendo) De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. sign.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom. cap.* 2. Brisson. 2. *select. Ant. cap.* 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. §. *ult. l.* 13. *de pæn.* & in crimen subscriptione, *l.* 3. §. 2. *de accus. l. ult. C. eod.* Cujac. 8. *observ.* 33.

C O M M E N T A R I U S

JUdicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub *princ.* & §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. *lib. singul.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. cap.* 3. Barn. Brisson. *lib.* 2. *sel. antiq. cap.* 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis extra ordinem Præfecti vel Præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8 *de public. jud. l. in Senatusconsultum* 15. §. *ad. Sc. Turp. l.* 2. §. *ult. l. hodie* 13. *de pæn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ad eum cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur: deinde & in crimen subscribat, id est, Interprete Ulp. *l.* 3. §. 2. *de accusat.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumn.*

T E X T U S.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

N O T Æ.

1. *Quod cuivis ex populo*) Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l.* 43. §. 10. *de rit. nupt.* junct. *leg.* 8. *leg.* 19. *& seqq. de accus.* Addendum, & quia caussæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis e populo patet, privata tamen est respectu caussæ, *leg.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *tit. pop. act.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

CUivis ex populo) D. Hotomannus contra ideo hæc judicia publica dici existimat, quia caussæ publicæ sunt, quæ æque & universæ ad omnes pertineant. Sane si ratio quæritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis e populo permis-

pernicia, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent, Duar. *l. 1. disp.* 37 Charond. 3. *verisimil. cap. ult.* add. Cujac. 7. *observ.* 33. Bene Chrysostomus *Homil. ad Antioch.* [illegible] κατηγορεῖν.

Promiscue) Pro *fere* dixit illud significans, quod Ulpian. *l. palam* 42. §. *Senatus* 10. *de rit. nupt.* scribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico judicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur, *l.* 8. *l.* 9. & *seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet e populo ad accusationem admittitur, sed fisci advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici judicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur, nam videmus in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ non videtur publicorum judiciorum & accusantibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. *lib.* 5. §. *n.* 6. idem de jure canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames 6. quæst.* 1.

T E X T U S.

Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

N O T Æ.

2. *Ultimo supplicio*) Ultimum supplicium mortem solam interpretantur, *l.* 21. *de pæn.*

Cum damno pecuniario) Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l.* 2. *hoc tit.* Exempla sunt in §. 4. & §. 8. *infr. eodem.*

C O M M E N T A R I U S.

Capitalia dicimus) Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *leg. licet* 193. *de verb. signific.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretantur, *l. ult.* 21. *de pæn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna quam mors est; sed κατ' ἐξοχὴν, *l. 4. de pæn. leg. transigere* 18. *C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium* 28. *de pæn.*

Infamiam cum damno pecuniario) Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. *item lex Julia* 8. §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, *d. l.* 2. *h. t. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

T E X T U S.

Exempla de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt: Lex Julia majestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

N O T Æ.

3. *Animæ amissionem*) Ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. cap.* 20. *Libertas & anima nostra in dubio est.*

Memoria rei post mortem damnatur) Rei scilicet perduellionis, qui quid hostili animo adversus rempublicam vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *leg. ultim. eod. leg.* 24. *de pæn.*

C O M M E N T A R I U S.

1. *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis, & majestatis in specie.*
2. *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

De solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta, si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l.* 1. *cum* 4, *leg. seq. ad leg. Jul. majest.* (1) Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat Dom. Hotomanus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit vir Clariss. Anton. Matth. *de caso majest. c.* 2. *num.* 3. *lib. de crim.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipubl. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum Prætorem tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin.* 3. & 7. cognoscitur, Perduellio vero primis quidem temporibus a Duumviris data opera creatis, post autem a Populo Romano Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *l.* 6. de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio

exilio mulctabatur, *l. eorum 24. de pœn.* perduellionis vero damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *ead. orat.* Cicer. & ex Dione *leg.* 37. cognoscitur. Quartam differentiam Ulpian. ostendit, *l. ult. ad leg. Juliam majest.* ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte oonterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur: sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscumque modis aliquid moliuntur, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. *Mynf. hic num.* 5. & 6.

Et memoria rei) Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. maj. stat. l. ult. C. eod. l. ant. penult. de accusat.* cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus punitur, *l. 5. Cod. eod.* & conscii, qua auctores ipsi, *l. 3. Cod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sane legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *cap. 14. l. 2. Reg. & c. 25. l. 2. Chronic.* nec omnino temere est, quod D. Budæus in *annot. in tit. ff. ad leg. Jul. majestat.* existimat, auctores, *d. l.* 5. Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *leg. sancimus* 22. *C. de pœn.* add. Pat. Fab. 3. *semestr.* 8. Covar. 2. *resol.* 8. & Ναὶ ναὶ D. Anton. Matth. *de criminib. ad tit. ff. ad leg. Jul. majest. cap. 3. num.* 10. VINN. Immo add. legem intelligendam præ cæteris facit singularis Jac. Gothofredi commentarius, cui jungendus luculentus, collegæ olim conjunctissimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius *de Crimine majestatis*, ubi & de usu dirissimæ legis multa haud proletaria occurrunt. HEIN.

TEXTUS.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem vel viduam honeste viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

COMMENTARIUS.

1 *Inter stuprum, & adulterium quid intersit?*

Adulterium est alieni tori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *l. 6. §. 1. l. stuprum 34. §. 1. hoc titul. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum* 101. *de verb. signif.* & hoc textu adulteri ϰλινοφθόροι dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc a sacra Scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Levit.* 20. *vers.* 10. *Deuter.* 22. 22. *Ezech.* 23. Jure autem Canonico coadulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo* 34. *quæst.* 4. *canon. non mœchaberis* 15. *can. præcepit* 19. *cum seqq. q.* 5. & hanc sententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per textum *Matth.* 19. *Marc.* 10. *Lucæ* 16. 18.

Gladio punit) Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex *leg. quamvis* 30. *C. hoc tit.* Quæ Constantini est. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib.* 1. 2. & 3. *annal.* & non obscura probat *l.* 5. *de quæst.* Certe capitalem non fuisse, arguunt *l.* 16. *de divort. l.* 11. *hoc tit. l.* 14. *de testib. l.* 13. *de his quæ ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov.* 134. *cap.* 10. D. August. *lib.* 3. *de civit. Dei* diserte scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte mulctasse. Ut dubitandum non sit, quin *l. transigere* 18. *Cod. de transf.* & *l. 9. Cod. hoc titul.* interpolatæ sint a Triboniano. Cæterum adscribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii serio & plene caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur, *Levit.* 20. 10. *Deuter.* 22. 22. Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, disces ex *Ordin. Polit. artic.* 15. & *seqq.* add. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

Cum masculis nefandam libidinem) *Leg. cum vir.* 31. *C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concremation est. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 96. Clar. §. *sodomia num.* 4. Gadelin. *de jur. nov. leg.* 5. *cap.* 18.

Stupri flagitium) Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l. 6. §. 1. hoc titul.* ubi Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscue appellare: sed proprie adulterium in nuptam committi; stuprum vero in viduam virginemve, quo Græci φθόρον appellant: & ita quoque fere Modestinus in *leg. inter stuprum* 101. *de verbor. signific.* Item Modestinus in *leg. stuprum* 34. §. 1. *hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *dict. leg.* 6. § 1. & Modestinus *d. l. inter stuprum* 101. aiunt, legem Juliam promiscue & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum proprie dictum est.

Honeste viventem) Σεμνῶς. Nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία, sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l. 22. Cod. hoc tit.* Pro stupro quoque non habebatur, consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii, secum habet, excepta concubina, *leg. stuprum*, 34. *princ. hoc. t. fac. l. 3. princ. de concub.*

Stupratoribus si honesti sunt) Stupri damnatus, si hone-

honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: si turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *l. 7. Cod. de incest. nupt.* Lex Attica raptorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret; Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut.* 22. 29.

T E X T U S.

De Sicariis.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui homines occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim Tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, a Græca voce τηλοῦ figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon, nam ita scribit; καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur a sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publice vendiderint.

N O T Æ.

6. *Ultore ferro*) Scriptum hoc a Triboniano accommodate ad sui temporis rationem; & exigit hoc lex divina. *Exod.* 21. 12. *Lev.* 24 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam postea humiliores capite puniti, *l.* 3. *pen. l. pen. h. tit.*

Admonet nos Xenophon) Ita recte legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Theophilus τοῦτο δὲ καί τι Ξενοφῶν ὑπηγόρευσεν. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib.* 5. ἀναβάσ. Hic autem in Xenolopho. Ξενολόφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gil. *lib.* 4. *de Topograph. Constantinop. cap.* 1.

A sica) Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiserant. Quintil. *lib.* 10. *capit.* 1.

Susurris magicis) Incantationibus, γοητείαι, *Lev.* 115. *cap.* 4. quod referenda illa legis duodecim Tab. *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit*, &c. Vid. Plin. *lib.* 28. *cap.* 2. Augustin. 9 *de Civ. Dei* 19.

COMMENTARIUS.

Justinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis: ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l.* 3. §. *pen. in fin. l. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de sicar.* Paul. 5. *sentent.* 22.

Ultore ferro) Scriptum hoc a Triboniano accommodate ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistincte homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet: quod eam exigat lex divina. *Exod.* 21. 12. *Levit.* 24. 17.

Qui hominis occidendi causa) Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, *leg.* 1. *princ. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam a conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib.* 5. §. *ult. quæst.* 29. Ant Matth. *de crim. cap.* 3. *num.* 10. *& seq ff. h. t.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 11.

Telum autem) Hic locus descriptus est ex Cajo *l. si calvitur*, 233. §. *v. de verb. signif.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferrum) Romani, teste Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Persici fere acinacis magnitudine, ut commode sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho, *lib.* 1. *Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *lib.* 10. *cap.* 1.

Venefici) Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, & quod plus est, quam occidere gladio, *l.* 1. *C. de malef.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis 12. Tabularum: *Qui malum carmen incantassit: Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexerit.* Item illud Virgilii, *Egl.* 8. *v.* 99.

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit: vid. *l.* 4. *& l.* 7. *Cod. de malefic.* Plin. *lib.* 28. *cap.* 2. August. *lib.* 8. *de Civ. Dei c.* 19. Sed verissime Seneca *lib.* 4. *nat. quæst.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sane sic persuasum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vandois d'Arras*, edictum 20. *die Maii* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias. VINN. Egregium Vinnii testimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujusmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem hunc vulgarem mascule in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Christianus Thomasius in variis scriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt uti-

utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequentes rogi accendebantur, hodie vix sagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

TEXTUS.

De parcidiis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, sive clam, sive palam id ausus fuerit, nec non is cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culeo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eos ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & ei cælum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.*

NOTÆ.

Asperrimum crimen) Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clem.* 23.

Neque gladio) Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l. 1. l. 6. eod.*

Insutus culeo, &c.) *d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis sanguineis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna colei Cicer. *in ea pro Sexto Roscio*. Sen. 1. *de clem.* 15. Juven. *satyr.* 2. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sentent.* 24.

COMMENTARIUS.

HIc quoque idem fere accidit quod superius, nimirum ut pœna culei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen, moribus majorum instituta est, *l. 9. princ. h. t. de l. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen. §. 1. h. t.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. Cod. de his qui par. vel lib. occid.* quo & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæ etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidiis) Parricida proprie dicitur teste Charisio *lib. 4.* qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis αἱματοχυσίᾳ, Romani usurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de leg. c. 9. Sacrum, sacrove commendatum qui clepserit rapsitve, parricida esto*, id est, *capital esto*. Sed fortassis hic consuetudo scribendi R geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores. Parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*, in quam rem citat lege Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti dedit, particida esto.*

Aut affectionis) Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. t. & l. un C. Theod. eod.* Nam qui socerum, socrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen accerrima culei pœna afficitur, *l. pen. eod. & hoc text. in fin.*

Sed insutus culeo cum cane, &c. Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus ac mox culeo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Rosc. c. 11.* de culeo solo loquitur, sed Sen. *l. 1. de clem. c. 5.* etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simie, *sat. 8.* Verisimile est Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; modestinus a Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. princ. hoc tit.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. *lib. 6. sent.* 15. ut parricida vel vivus combureretur, vel bestiis objiceretur. Pœna culei hodie in usu esse desiit. Ant. Mat. *ad hunc tit. c. 2. num. ult.* Groenevv. *de leg. abr. hic.* Sande *lib. 5. cap. 17.* ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu) Quid mysterii sit in pœna colei, ostendit Cicer *in dict. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophil. 3. ἵνα μὴ τὴν ψυχὴν μόνον ἀπολέσῃ, ἀλλὰ καὶ τὴν ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulcrum negat.* Et Ovid. *lib. 8. Metam. vers.* 97.

Dii te summoveant, o nostri infamia secli,
Orbe suo, tellusque tibi portusque negetur.

TEXTUS.

De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servus ultimum supplicium est, quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejusque legis pœna*) Ex Marciano *l. 1. §. ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

T*Estamentaria vocatur*) *Leg. 30. hoc. tit. ad leg. Corn. de fals.* Paul. *5. sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cic. *Verrin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, cæteræ complures, &c.*

I.. apud instrumentum) Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis cavisse.

Sculpserit, signaverit, &c. Apud Paulum *d. loc.* additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam reprobaverit, l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & passim hoc tit.*

In servos ultimum supplicium) Pœna falsi deportatio est & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *leg. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter falsitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est; qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum, qui falsum commiserit, animadvertitur, *leg. 22. Cod. de fals.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout judex decernet. Gudel. *d. leg. 5. cap. 20.* Damhoud. *prax. crim. c. 19. & seq.* Zipæ. *not. jur. Belg. de fal.*

T E X T U S.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniantur secundum nostræ constitutionis definitionem, ex quo hoc apertius possibile est scire.*

N O T Æ.

8. *In tertiam partem bonorum*) *Leg. 1. leg. ult. leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis) Asceticæ, virginis, vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. Cod. de rapt. virg.*

Capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *d. leg. un. §. 2.* quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita, si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl.* v. Plutarch. in *Solon.*

C O M M E N T A R I U S.

V*im armatam, vel sine armis*) Cur vis cum armis facta, publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim Tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia) De vi publica damnati deportantur. Ulpian. *l. 10. §. ult. ad. l. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur) Licet mulier raptui consenserit, *l. un. §. pœnas autem 2.* ubi *sive volentibus, sive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *c. scienti 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est, sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per *l. 3. §. si quis volentem 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr.* Unde Solon severius punit eum, qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plut. add. Liban. *declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. Damhoud. *prax. crim. c. 20. n. 8.* Perez. *Cod. ad l. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur. Zypæ. *not. jur. Belg. de adul. vers. stupro.* Damhoud. *d. prax. cap. 92. dec. Cur. Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiæ. Sande *l. 5. tit. 9. decis. 11.*

T E X T U S.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Si quidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alii vero qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis subjugentur.*

C O M M E N T A R I U S.

Lege Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *leg. 1. l. 4. h. t. ad. l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod proprie & in specie *peculatus*, & rei sacræ, quod *sacrilegium* proprie vocatur: unde a Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, *l. 9. §. 2. eod.* Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est; nam æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Si quidem ipsi judices) Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, everterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, *l. un. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis) Ob simplicem peculatum, pœna deportationis imponitur, *l. 3. eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l. 9. eod.* Car. *§. sacrilegium.* Aut. Matth. *de crim. c. 2. & 3. de leg. Jul. Pecul.* Damhoud. *prax. crim. c. 112.*

T E X T U S.

De plagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

NO-

NOTÆ.

10. *De plagiariis*) Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo supprimit, *ἀνδραποδιστής*. Lys. *orat.* 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur, *leg.* 3. 3. 5. 6. *hoc tit. l.* 2 5. 6. *C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.* 1. 2. 4. *ff. eod.*

Interdum capitis pœnam) Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *leg. ultim. eod. leg.* 7. *& leg. ultim. Cod. eod.* uti & lege Divina. *Exod.* 21. 16. *Deuteron.* 47.7.

COMMENTARIUS.

Plagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *leg.* 3. *l.* 5. *& 6. & h. t. de l. Fab. l.* 2. *l.* 7. *l.* 9. *&* 14. *C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.* 1. 2. *&* 4. *eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat; postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. *& l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. *D. ut. cap.* 24. 7. *Exod.* 21. 16. Quod transcriptum in Decretalibus Gregorii, *cap.* 1. *de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum, alias fere virgis & relegatione, *Clar.* §. *fin. q.* 68. *n.* 315 Perez. *in C. ad l. Fab. de plag. num.* 6.

TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis; quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant: aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

1. *Repetundarum*) Vid. *leg.* 3. *&* 4. *de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l.* 7. §. 2. *eod. l.* 1. *ult. C. eod.*

De annona) Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l.* 2. *de leg. Jul. de ann.* add. *l.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve supprimebant. Lys. *orat.* 31.

De residuis) Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *leg.* 1. *l.* 4. §. 5. *&* 2. *seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *leg.* 2. *eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l.* 4. §. 3.

12. *Et quasi per indicem*) Id est, leviter, summatim, *ὑποτυπωτικῶς*, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr.* 3. *Antequam causam agerent, quasi per indicem res exponerent*, &c.

COMMENTARIUS.

De *ambitu*) Ubi singuli regnant, ambitus nullus usus est: sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modestinus, *leg. un. princ. de leg. Jul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo Groennev. *d. leg. abrog. ff. de leg. Jul. de ambit.* Pœna hujus criminis mulcta centum aureorum cum infamia fuit, *d. leg. unic. eodem.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, a Simone Mago, cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratia pecunia emere voluit, *Actor. cap.* 8. *can. quidam*, 24. *q.* 3. Est enim Simonia, cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. X de Simonia.* VINN. Pœna centum aureorum tantum ad municipia, & eos accusatores & reos, qui domum judicis ingrediuntur, *l. un.* §. 4. *ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paul. *Recept. Sent.* 5. 30. *l. un. Cod. hoc tit.* HEIN.

Repetundarum) Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicatum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l.* 3. *l.* 4. *de leg. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors: pro modo scilicet & qualitate sceleris, *leg.* 7. §. 3. *eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *leg.* 1. *l. ult. in fin. Cod. eod.*

De annona) Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *leg.* 1. *& leg.* 2. *de leg. Jul. de annona.* Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & seplasarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *leg. in Dardanarios*, 57. *de extraord. crim.*

De residuis) Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum, sive ex parte. Et quod in rationibus peculiisve privatis est reliqua, id in publicis proprie est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *leg.* 2. §. 3. *&* 1. §§. *seqq. ad leg. Jul. de pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere arbitraria est, Groenevv. *tract. d. leg. abrog. ad rubr. C. de pœn.* Hæc *πάρεργα* & translatitiæ ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX I.

RERUM ET VERBORUM

IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM,

Ubi numerus Romanus Partem; Arabicus paginam, littera vero a *priorem conſignat,* & b *poſteriorem columnam.*

A

Actio-

Codi-

E

Exce-

Juris

L

Nepo-

Pecu

Præ-

Q

R

Sor-

V

INDEX II.

RERUM ET VERBORUM

IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A

L

M

de Pe.

Q

R

S

INDEX III.

DECISIONUM,

Et Constitutionum Justiniani Imperatoris; quarum fit mentio in IV. Instit. Lib.

INDEX IV.

CONSTITUTIONUM,

Quarum in libris Institutionum meminit Justinianus, & alias jam ipse fecerat, alias nunc facit, alias post facturus est. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ sunt Græcæ, aliæ Latinæ.

Græcæ sunt quæ sequuntur.

Latinæ autem quæ sequuntur.

Et hae quidem sunt Constitutiones, quas jam fecerat Justinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Instit.* sequentes quae non exstant alibi.

Facturus autem erat Justinianus, nondum fecerat eam Constitutionem, cujus sententiam praevertit exponere in extremo *tit. 1. §. 3.*

Ex hoc vero tam ingenti numero Constitutionum Justiniani, quae referuntur in his IV. *Instit.* libris, & repetuntur quaedam etiam in eis saepius, satis liquet jure meritoque hos libros Justiniano attribui potius quam aliis vel Imperatoribus, vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus sumpta sunt caetera, quae in his libris referuntur, quorum etiam omnium simul ac locorum singularium, quibus hi libri sunt insigniti, Indices conficere visum est.

INDEX V.

CONSTITUTIONUM,

Aliorum Imperatorum, quae in iisdem Institutionum libris referuntur.

Zeno

INDEX VI.

LEGUM ET SENATUSCONSULTORUM,

Veterum quorum fit mentio in iisdem IV. libris Institutionum.

INDEX VII.

AUCTORUM JURIS ALIORUMQUE,

Qui Testes citantur in his libris.

Pompo-

INDEX VIII.

RERUM ET LOCORUM

Singularium sive omnium, quibus similes in jure nulli alii reperiuntur.

INDEX IX.

HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & progressu Juris, & de Institutione Magistratuum, ac de Jurisconsultis.

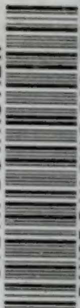
F I N I S.

K Corpus juris civilis.
Institutiones
6822616 Arnoldi Vinnii
1804

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY

KJA
1082
.2
1804
C.1
ROBA


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 16 13 21 05 001 0